

Universidades Lusíada

Tavares, Luís Miguel Serradas de Sousa, 1965-

**Tribunal Europeu dos Direitos do Homem :
acórdão 7/1994/454/535 : caso Vogt vs. Alemanha**

<http://hdl.handle.net/11067/5082>

<https://doi.org/10.34628/3z3a-sn02>

Metadados

Data de Publicação	1998
Palavras Chave	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1959-
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 06 (1998)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-07T22:43:30Z com
informação proveniente do Repositório

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AFFAIRE VOGT c. ALLEMAGNE
(7/1994/454/535)

ARRET

STRASBOURG
26 septembre 1995

En l'affaire Vogt c. Allemagne (i)

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 51 de son règlement A², en une grande chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, *président*,
R. Bernhardt,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
L.-E. Pettiti,
R. Macdonald,
A. Spielmann,
J. De Meyer,
S.K. Martens,
Mme E. Palm,
MM. I. Foighel,
A.N. Loizou,
J.M. Morenilla,
M.A. Lopes Rocha,
G. Mifsud Bonnici,
D. Gotchev,
P. Jambrek,
K. Jungwiert,
P. Kuris,
ainsi que de M. H. Petzold, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 25 février et 2 septembre 1995,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 11 mars 1994, et par le gouvernement allemand («le Gouvernement») le 29 mars 1994, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales - («la Convention»). A son origine se trouve une requête (n°, 17851/91) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} Dorothea Vogt, avait saisi la Commission le 13 février 1991 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration allemande reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat d'éfendeur aux exigences des articles 10 et 11 de la Convention et également pour la demande de la Commission, de l'article 14 de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement A, la requérante a manifesté le désir de participer à l'instance et désigné ses conseils (article 30), que le président a autorisés à employer la langue allemande (article 27 § 3).

3. La chambre à constituer, comprenait de plein droit M. R. Bernhardt, juge élu de nationalité allemande (article 43 de la Convention), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement A). Le 24 mars 1994, celui-ci a tiré au sort le nom des sept autres membres, à savoir M. F. Matscher, M. L.-E. Pettiti, M. S.K. Martens, M. J.M. Morenilla, M. G. Mifsud Bonnici, M. P. Jambrek et M. K. Jungwiert, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement A).

4. En sa qualité de président de la chambre (article 21 § 5 du règlement A), M. Ryssdal a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du Gouvernement, les conseils de la requérante et le délégué de la Commission au sujet de l'organisation de la procédure (articles 37 § 1 et 38). Conformément à l'ordonnance rendue en conséquence, le greffier a reçu les observations de l'intéressée les 9 et 11 août 1994

¹ L'affaire porte le n° 7/1994/454/535. Les deux premiers chiffres en indiquent le rang dans l'année d'introduction, les deux derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales à la Commission) correspondantes.

² Le règlement A s'applique à toutes les affaires déferées à la Cour avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 9 et, depuis celle-ci, aux seules affaires concernant les Etats non liés par ledit Protocole. Il correspond au règlement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983 et amendé à plusieurs reprises depuis lors.

et le mémoire du Gouvernement le 17 août 1994.

Le 19 août 1994, la Commission a produit diverses pièces que le greffier lui avait demandées sur les instructions du président.

5. Par une lettre du 4 novembre 1994, l'agent du Gouvernement a sollicité l'autorisation de déposer un mémoire complémentaire et le renvoi de l'audience fixée initialement au 23 novembre. Après avoir de nouveau consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du Gouvernement, les conseils de la requérante et le délégué de la Commission au sujet de l'organisation de la procédure (article 38 du règlement A), M. Ryssdal a fait droit à ces demandes. Conformément à l'ordonnance rendue le 16 novembre 1994, le greffier a reçu le mémoire complémentaire du Gouvernement le 5 janvier 1995 et les observations en réponse de l'intéressée le 3 février 1995. Le 15 février 1995, le secrétaire de la Commission l'a informé que le délégué s'exprimerait de vive voix.

6. Le 26 janvier 1995, la chambre a décidé de se dessaisir avec effet immédiat au profit d'une grande chambre (article 51 du règlement A). Le président et le vice-président, M. Bernhardt, qui siégeait déjà en tant que juge national, ainsi que les autres membres de la chambre étant de plein droit membres de la grande chambre, le président a tiré au sort, le 27 janvier, le nom des dix juges supplémentaires, à savoir M. F. Golcuklü, M. R. Macdonald, M. A. Spielmann, M. J. De Meyer, M. I. Foighel, M. A. N. Loizou, M. F. Bigi, M. M. A. Lopes Rocha, M. D. Gotchev et M. P. Kuris, en présence du greffier (article 51 § 2 a) à c)). Ultérieurement, M^{me} E. Palm a remplacé M. Bigi, empêché.

7. Ainsi qu'en avait décidé le président - qui avait également autorisé l'agent du Gouvernement à plaider en allemand (article 27 § 2 du règlement A) -, les débats se sont déroulés en public le 22 février 1995, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu :

- pour le Gouvernement

MM. J. Meyer-Ladewig, *Ministerialdirigent*,
ministère fédéral de la Justice,
H. Wurm, *Ministerialrat*, ministère fédéral
de l'Intérieur,
B. Feuerherm, *Ministerialrat*, ministère de la
Culture du Land de Basse-Saxe,

- pour la Commission

M. S. Trechsel,

- pour la requérante

Mes K. Damman,
P. Becker,

O. Jackel, avocats,

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Trechsel, Me Becker, Me Jackel, Me Damman et M. Meyer-Ladewig, ainsi qu'en leurs réponses à sa question.

EN FAIT

I. Les circonstances de l'espèce

8. Née en 1949 et de nationalité allemande, M^{me} Dorothea Vogt habite à Jever, dans le Land de Basse-Saxe.

9. Après six années d'études littéraires et linguistiques à l'université de Marbourg-sur-Lahn, au cours desquelles elle devint membre du Parti communiste allemand (*Deutsche Kommunistische Partei* - «DKP»), elle passa en novembre 1975 l'examen d'aptitude à l'enseignement secondaire supérieur (*wissenschaftliche Prüfung für das Lehramt an Gymnasien*). De février 1976 à juin 1977, elle effectua le stage préparatoire à la profession d'enseignant (*Vorbereitungsdienst für das Lehramt*) à Fulda, dans le Land de Hesse. En juin 1977, elle passa le second examen d'Etat d'aptitude à l'enseignement secondaire supérieur (*zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Gymnasien*) et obtint à compter du 1^{er} août 1977 un poste de professeur (*Studienrätin*), avec statut de fonctionnaire à l'essai (*Beamtenverhältnis auf Probe*), dans un lycée public à Jever. Le 1^{er} février 1979, avant la fin de sa période d'essai, intervint sa nomination comme fonctionnaire titulaire (*Beamtin auf Lebenszeit*).

10. M^{me} Vogt enseigna l'allemand et le français. Un rapport de notation rédigé en mars 1981 qualifia d'entièrement satisfaisants ses aptitudes et son travail et indiqua qu'elle était hautement appréciée tant de ses élèves et de leurs parents que de ses collègues.

A. La procédure disciplinaire

1. Devant le gouvernement du district de Weser-Ems

11. Après une instruction préliminaire, le gouvernement du district de Weser-Ems (*Bezirksregierung Weser-Ems*) engagea, par une ordonnance (*Verfügung*) du 13 juillet 1982, une procédure disciplinaire contre la requérante, au motif qu'elle avait manqué à l'obligation de loyauté envers la Constitution («la loyauté politique» - *die politische Treuepflicht*) à laquelle elle était tenue en sa qualité de fonctionnaire en vertu de l'article 61 § 2 de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe (*Niedersächsisches Beamtengesetz* - paragraphe 28 ci-dessous). On lui reprochait d'avoir exercé dès l'automne 1980 diverses activités politiques en faveur du DKP et notamment d'avoir été candidate du DKP aux élections du Parlement du Land (*Landtag*) de Basse-Saxe en 1982.

12. L'acte d'accusation» (*Anschuldigungsschrift*) du 22 novembre 1983, dressé

dans le cadre de la procédure disciplinaire, énuméra onze activités politiques publiques de l'intéressée en faveur du DKP, telles la distribution de tracts d'information, la représentation du DKP lors de manifestations politiques, sa fonction de cadre du parti dans une circonscription et sa candidature lors des élections fédérales du 6 mars 1983.

13. Le 15 juillet 1985, la procédure fut suspendue, afin d'étendre le champ des investigations à d'autres activités politiques de la requérante mises à jour entre-temps.

14. Selon un «acte d'accusation» complémentaire du 5 février 1986, M^{me} Vogt avait également manqué à ses obligations de fonctionnaire pour:

a) être membre du «comité directeur» (*Vorstand*) de la section régionale (*Bezirksorganisation*) de Brême/Basse-Saxe du Nord du DKP depuis fin 1983;

b) avoir participé et pris la parole au 7^e congrès du DKP du 6 au 8 janvier 1984 à Nuremberg en tant que présidente de la section locale du parti (*Kreisvorsitzende*) de Wilhelmshaven/Friesland.

15. Après une nouvelle suspension de procédure le 23 juin 1986, un second «acte d'accusation» complémentaire, établi le 2 décembre 1986, énuméra quatre autres activités politiques jugées incompatibles avec la qualité de fonctionnaire de la requérante, à savoir:

a) sa candidature pour le DKP aux élections du Parlement du *Land* de Basse-Saxe le 15 juin 1986 ;

b) le fait d'être toujours membre du «comité directeur» de la section régionale du DKP de Brême/Basse-Saxe du Nord;

c) le fait d'être toujours présidente de la section locale du DKP à Wilhelmshaven/Friesland ; et

d) sa participation au 8^e congrès du DKP à Hambourg du 2 au 4 mai 1986 en tant que déléguée du parti.

16. Par une ordonnance du 12 août 1986, le gouvernement du district de Weser-Ems notifia à la requérante la suspension de ses fonctions à titre provisoire, indiquant notamment :

«La violation délibérée de votre obligation de loyauté envers la Constitution pendant une durée prolongée, alors que vous connaissiez l'avis juridique de votre employeur et la jurisprudence des juridictions disciplinaires [en la matière] constitue un manquement professionnel particulièrement grave pour un fonctionnaire nommé à vie. Le fonctionnaire, dont le statut repose sur une relation de confiance particulière avec l'Etat et qui, par son serment, a réaffirmé sa volonté de défendre le droit et la liberté, détruit cette base de confiance indispensable à la poursuite des relations avec son employeur [*Dienstverhältnis*], lorsqu'il soutient délibérément un parti dont les buts sont incompatibles avec le régime fondamental libéral et démocratique. C'est le cas dans la présente espèce.»

17. A compter d'octobre 1986, M^{me} Vogt ne perçut plus que 60 % de son traitement (*Dienstbezüge*).

2. Devant la chambre disciplinaire du tribunal administratif d'Oldenburg

18. Devant la chambre disciplinaire du tribunal administratif (*Disziplinarkammer des Verwaltungsgerichts*) d'Oldenburg, la requérante, qui se dit membre du DKP depuis 1972, fit valoir que son comportement ne pouvait constituer un manquement à ses obligations de fonctionnaire. Par son appartenance à ce parti et son engagement en son sein, elle aurait usé du droit de tout citoyen à avoir une activité politique, qu'elle aurait toujours exercée dans le cadre des dispositions légales et des limites constitutionnelles. Son action en faveur de la paix intérieure et extérieure de la République fédérale d'Allemagne ainsi que sa lutte contre le néofascisme ne révéleraient aucune attitude anticonstitutionnelle. Le DKP, dont les buts auraient toujours été injustement (mais sans que cela ait jamais été prouvé) considérés comme anticonstitutionnels, participerait légalement au processus de formation de la volonté politique en République fédérale d'Allemagne. Enfin, d'après le rapport de la commission d'enquête du Bureau international du travail du 20 février 1987, l'introduction de procédures disciplinaires à l'encontre de fonctionnaires, en raison de leur engagement politique au sein d'un parti dont l'interdiction n'a pas été prononcée, violerait la Convention n° III de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant la discrimination en matière d'emploi et des professions. Il y aurait également violation de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

19. Dans son jugement du 15 octobre 1987, la chambre disciplinaire rejeta tant la demande de l'intéressée tendant à la suspension de la procédure que celle relative à l'audition de témoins. Elle abandonna certaines «charges» et retint à l'encontre de M^{me} Vogt son appartenance au DKP en tant que telle, ainsi qu'au «comité directeur» de la section régionale de Brême-Basse-Saxe du Nord, sa présidence de la section locale du DKP à Wilhelmshaven ainsi que sa candidature aux élections du Parlement du *Land* de Basse-Saxe le 15 juin 1986.

20. Quant au fond, la chambre disciplinaire estima que la requérante avait manqué à son devoir de loyauté politique et ordonna sa révocation à titre de sanction disciplinaire. Elle lui accorda le versement de 75 % de ses droits à pension acquis à cette date pour une période de six mois.

La juridiction constata d'emblée que ni la Convention n° 111 de l'OIT ni les recommandations figurant dans le rapport de la commission d'enquête du 20 février 1987 ne s'opposaient à l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

Selon elle, l'engagement actif d'un fonctionnaire au sein d'un parti poursuivant des objectifs anticonstitutionnels était incompatible avec son devoir de loyauté politique. Or ceux du DKP, tels qu'ils étaient énoncés dans le programme de Mannheim du 21 octobre 1978 (paragraphe 22 ci-dessous), allaient clairement à l'encontre du régime fondamental libéral et démocratique de la République fédérale d'Allemagne. L'anticonstitutionnalité d'un parti pouvait être établie indépendamment de son interdiction par la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) prévue à l'article 21 § 2 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* - paragraphe 25 ci-dessous). Par son engagement actif au sein du DKP, la requérante avait donc clairement soutenu

des objectifs contraires à la constitution.

La chambre disciplinaire ajouta que l'interdiction, prévue à l'article 48 § 2, première phrase, de la Loi fondamentale (paragraphe 25 ci-dessous), d'empêcher quiconque d'être investi d'un mandat parlementaire, ne pouvait justifier la candidature de l'intéressée pour le DKP lors des élections régionales: cette interdiction ne visait pas des mesures telles que des poursuites disciplinaires qui, à l'origine, avaient un objectif différent et ne limitaient que de manière indirecte et inévitable la liberté d'acquiescer et de détenir un mandat parlementaire.

L'obligation de loyauté politique, qui certes restreignait les droits fondamentaux des fonctionnaires, figurait parmi les principes traditionnels de la fonction publique et avait valeur constitutionnelle en vertu de l'article 33 § 5 de la Loi fondamentale (paragraphe 25 ci-dessous). Partant, elle avait priorité sur les dispositions figurant dans les instruments internationaux, telle la convention européenne des Droits de l'Homme.

L'intéressée avait par ailleurs exercé ses fonctions politiques alors qu'elle connaissait la jurisprudence qui avait établi l'incompatibilité d'un engagement au sein du DKP avec le devoir de loyauté politique. Au plus tard à compter de l'arrêt de la cour disciplinaire de Basse-Saxe (*Niedersächsischer Disziplinarhof*) du 24 juin 1985, publié dans une circulaire officielle de l'enseignement et dont la requérante avait été personnellement informée, celle-ci devait être consciente de son comportement fautif (*pflichtwidriges Verhalten*). En conséquence, M^{me} Vogt devait être révoquée pour avoir rompu le rapport de confiance la liant à son employeur. Tout au long de la procédure disciplinaire, elle n'avait d'ailleurs cessé de manifester son intention de poursuivre ses activités politiques au sein du DKP, malgré les mises en garde dont elle avait fait l'objet. La circonstance qu'elle avait assuré son service pendant des années de manière satisfaisante et qu'elle avait été appréciée tant de ses élèves que de leurs parents n'entraînait pas en ligne de compte.

La chambre disciplinaire décida enfin que M^{me} Vogt percevrait 75 % de ses droits à pension pendant six mois. Hormis son manquement à son obligation de loyauté, M^{me} Vogt s'était en effet toujours acquittée de ses fonctions de manière irréprochable et avec enthousiasme et il lui fallait quelques revenus pour être à l'abri des difficultés dans l'immédiat.

3. Devant la cour disciplinaire de Basse-Saxe

21. Le 18 mars 1988, la requérante interjeta appel du jugement devant la cour disciplinaire de Basse-Saxe, en reprenant ses arguments antérieurs (paragraphe 18 ci-dessus).

22. Par un arrêt du 31 octobre 1989, celle-ci débouta M^{me} Vogt et confirma en tous points le jugement du tribunal administratif.

Elle souligna que, par son engagement en faveur du DKP, l'intéressée avait manqué à l'obligation de loyauté politique à laquelle elle était tenue en vertu de l'article 33 § 5 de la Loi fondamentale combiné avec l'article 61 § 2 de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe. Selon ces dispositions, un fonctionnaire devait constamment

professer le régime libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale et en défendre le maintien. Il devait se désolidariser sans équivoque de groupements qui attaquent, combattent et diffament l'Etat, ses institutions- et le régime constitutionnel existant. De par ses activités au sein du DKP, la requérante n'avait pas répondu à ces exigences. L'orientation politique de ce parti était incompatible avec ledit régime.

Le fait que la cour constitutionnelle n'avait pas prononcé l'interdiction du DKP n'empêchait pas d'autres juridictions de constater son anticonstitutionnalité, ainsi que l'avaient fait la cour administrative fédérale ainsi que la cour disciplinaire elle-même de manière convaincante dans leurs arrêts des 1^{er} février 1989 et 20 juillet 1989. L'analyse du programme de Mannheim, toujours en vigueur, effectuée par MM. Mles et Gerns dans leur ouvrage sur la méthode et l'objectif du DKP (*Weg und Ziel der DKP*, 2^e édition, 1981) révélait que les principes posés par Marx, Engels et Lénine constituaient toujours la ligne directrice du parti, dont le but était l'instauration d'un régime semblable à celui qu'avaient connu les pays communistes vers 1980.

L'obligation de loyauté politique n'était pas limitée par l'article 48 § 2 de la Loi fondamentale et les dispositions correspondantes du *Land* de Basse-Saxe protégeant le mandat parlementaire, car ces textes ne s'appliquaient pas aux empêchements résultant d'une procédure disciplinaire.

Selon la cour, la référence de la requérante à l'article 5 § 1 de la Loi fondamentale garantissant le droit à la liberté d'expression n'était pas pertinente, car les dispositions régissant la fonction Publique évoquées à l'article 33 § 5 de la Loi fondamentale devaient passer pour des lois générales au sens de l'article 5 § 2 de la Loi fondamentale (paragraphe 25 ci-dessous). De même, la cour européenne des Droits de l'Homme avait jugé que la décision d'une autorité compétente portant sur l'accès à la fonction publique ne constituait pas une ingérence dans la liberté d'expression. La même analyse devait s'appliquer dans le cas d'une fonctionnaire déjà titularisée.

M^{me} Vogt avait adopté un comportement contraire à la loi. En exerçant d'aussi hautes fonctions politiques au sein du DKP, elle s'identifiait nécessairement à ses objectifs anticonstitutionnels et devait donc elle-même être considérée comme hostile à la constitution, bien qu'elle clamât son attachement à la Loi fondamentale. On ne pouvait appuyer à la fois les deux systèmes.

Même si l'intéressée cherchait avant tout à atteindre certains objectifs à court terme du DKP tels que la lutte contre le chômage, la politique en faveur de la paix et la lutte contre les soi-disant interdictions professionnelles (*Berufsverbote*), cela n'ôtait pas à son comportement son caractère fautif. Certes, le DKP ne poursuit pas uniquement des buts anticonstitutionnels et certains sont compatibles avec la Loi fondamentale. Un fonctionnaire ne saurait toutefois, afin d'atteindre ses propres objectifs politiques, se servir d'un parti dont les buts sont anticonstitutionnels et faciliter son accès au pouvoir. La cour d'appel se référa à ce propos aux attendus suivants d'un arrêt de la cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) du 20 janvier 1987, en précisant y souscrire car elle avait la conviction que le même raisonnement valait pour l'affaire dont elle se trouvait saisie:

«Il est vrai qu'avec la cour disciplinaire fédérale [*Bundesdisziplinargericht*], on peut admettre que le fonctionnaire ne désire pas changer le système de gouvernement

de la République fédérale d'Allemagne en recourant à la violence, et qu'il ne s'agit pas là d'une déclaration de "pure forme". On peut également croire le fonctionnaire lorsqu'il déclare que ce qui l'anime, c'est surtout le désir de combler le fossé qu'il constate entre les principes posés par la constitution et la réalité constitutionnelle qui est celle de la République fédérale d'Allemagne et qu'il aspire sincèrement à une société plus juste, dans le domaine économique surtout. Cela ne l'autorise pas toutefois à voir dans le DKP, contrairement à ce que pense la Cour disciplinaire fédérale, un groupement politique au sein duquel il croit pouvoir mettre en oeuvre son idée du meilleur ordre politique possible. On peut sérieusement douter que la notion de Constitution exprimée par le fonctionnaire en l'espèce correspond bien à l'interprétation qu'il convient de donner de la Loi fondamentale. Cette question n'appelle pas de réponse ici. Dans son arrêt portant interdiction de l'ancien Parti communiste (KPD) (*BVerfGE* 5, p. 85), la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré incompatibles avec le régime fondamental libéral et démocratique, non seulement les "méthodes de combat" de l'ancien KPD, mais aussi les différentes étapes à franchir avant d'atteindre l'objectif final du "régne socialiste [*sozialistische Herrschaft*]", à savoir la révolution prolétarienne par des moyens pacifiques ou violents et le triomphe de la classe ouvrière (...). [Elle], a également affirmé que la propagande et l'agitation intensives pour instaurer un régime politique - même si ce n'est pas dans un futur proche - Qui se heurte clairement au régime fondamental libéral et démocratique, doivent déjà actuellement et directement porter atteinte à ce régime (...). Ainsi la Cour constitutionnelle fédérale a donc aussi indéniablement déclaré incompatibles avec le régime fondamental libéral et démocratique les étapes transitoires d'une durée indéterminée [que le parti cherche à établir] en recourant à une propagande et une agitation intensives (*BVerfGE* 47, pp. 365 et 374). Dès lors, contrairement à l'opinion exprimée par la Cour disciplinaire fédérale, la déclaration du fonctionnaire selon laquelle il n'entendait pas modifier le système politique de la République fédérale d'Allemagne en recourant à la violence, déclaration conforme d'ailleurs à de nombreuses affirmations de son parti, n'a aucune valeur juridique (*BVerfGE* 76, p. 157).»

D'autre part, la cour estima que l'engagement de la requérante en faveur d'un changement d'orientation au sein du DKP ne pouvait la disculper. En effet, l'obligation de loyauté politique comprenait le devoir pour les fonctionnaires de se désolidariser sans équivoque de groupements qui attaquent et diffament l'Etat et le régime constitutionnel existant. L'attitude d'un fonctionnaire qui, même s'il oeuvrait pour l'abandon d'objectifs contraires à la Constitution à l'intérieur même du parti, montrait à l'extérieur, de par les fonctions politiques qu'il occupait, son soutien inconditionnel au programme et à la politique de ce parti, était incompatible avec ce devoir. Aussi longtemps que ce parti n'avait pas abandonné ses objectifs anticonstitutionnels, l'obligation de loyauté politique interdisait à un fonctionnaire de s'engager activement en son sein. Cela demeurerait valable, même si son intention était de rapprocher le parti des valeurs démocratiques. Par ailleurs, l'intéressée avait déclaré au cours de la procédure disciplinaire qu'elle soutenait de manière absolue les objectifs du DKP tels qu'ils figurent dans le programme de Mannheim.

Tout comme le tribunal administratif, la cour constata que M^{me}Vogt avait sciemment manqué à ses obligations professionnelles: alors qu'elle connaissait la jurisprudence ainsi que l'avis de ses supérieurs en la matière, elle avait poursuivi et même accentué son engagement en faveur du DKP. La révocation de l'intéressée était donc justifiée, car un fonctionnaire qui persistait ainsi à manquer à ses devoirs et à ne pas vouloir entendre raison (*unbelehrbar*), n'était plus en mesure de servir l'Etat, qui doit pouvoir compter sur la loyauté de ses agents envers la constitution. Elle ajouta que chez une enseignante, censée enseigner aux enfants qu'on lui avait confiés les valeurs de base de la constitution, un tel manquement était particulièrement grave. Les parents qui, en raison de la scolarité obligatoire, doivent envoyer leurs enfants à l'école publique, étaient en droit d'attendre de l'Etat qu'il n'emploie que des professeurs qui soutiennent sans réserve le régime fondamental libéral et démocratique. L'Etat était tenu de se séparer d'enseignants qui s'engagent activement dans une organisation anticonstitutionnelle.

La cour ajouta qu'un changement radical d'attitude de la part du fonctionnaire pouvait avoir une incidence sur l'appréciation de la gravité de la faute professionnelle. Or, tout au long de la procédure disciplinaire, la requérante, loin de diminuer son engagement au sein du DKP, l'avait, au contraire, accentué. Une sanction disciplinaire moindre visant à la faire renoncer à ses activités politiques au sein du DKP était donc à l'avance vouée à l'échec. De ce fait, son maintien au sein de la fonction publique s'avérait impossible et sa révocation inévitable. Son comportement par ailleurs irréprochable dans l'exercice de ses fonctions d'enseignante n'y changeait rien, car la base de confiance indispensable à la poursuite de son activité de fonctionnaire faisait défaut.

B. La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale

23. Le 22 décembre 1989, la requérante saisit la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours (*Verfassungsbeschwerde*).

Statuant en comité de trois membres, celle-ci décida le 7 août 1990 de ne pas retenir le recours; elle l'estima dénué de chances suffisantes de succès.

D'après la Cour, l'analyse des juridictions compétentes reposait sur la conviction que l'intéressée, par son appartenance au DKP et son engagement au sein de ce parti, avait manqué à ses devoirs de fonctionnaire; or cette conclusion était fondée et dénuée de tout arbitraire. Après l'ouverture de la procédure disciplinaire, M^{me} Vogt avait elle-même déclaré qu'il n'y avait pas de point, passage ou partie du programme du DKP qu'elle désapprouvait, se ralliant ainsi de manière inconditionnelle aux objectifs du parti énoncés dans le programme de Mannheim. L'anticonstitutionnalité des objectifs du DKP avait pu légitimement être établie par les juridictions disciplinaires, indépendamment des dispositions de l'article 21 § 2 de la Loi fondamentale. Eu égard à l'entêtement dont l'intéressée avait fait preuve sur le plan de sa loyauté politique, les juridictions disciplinaires avaient pu estimer à bon droit que la base de confiance nécessaire à la continuation de l'activité de fonctionnaire de

M^{me} Vogt faisait défaut, même si cette dernière s'était prononcée pour une nouvelle orientation au sein du parti et avait par ailleurs exercé ses fonctions de manière irréprochable. Partant, la révocation de la requérante respectait le principe de proportionnalité vu sous l'angle du droit constitutionnel. Il n'y avait donc pas eu violation de l'article 33 §§ 2, 3 et 5 de la Loi fondamentale.

c. Evénements ultérieurs

24. De 1987 à 1991, la requérante travailla en tant que dramaturge et professeur artistique au théâtre régional (*Landesbühne*) de Basse-Saxe du Nord à Wilhelmshaven.

A compter du 1^{er} février 1991, elle réintégra ses fonctions d'enseignante au sein du service de l'éducation de Basse-Saxe. Auparavant le gouvernement du Land avait abrogé le décret sur l'emploi des extrémistes dans la fonction publique (*Ministerpräsidentenbeschluß*, également connu sous le terme *Radikalenerlaß* - paragraphe 32 ci-dessous) en Basse-Saxe et promulgué une réglementation applicable aux «dossiers antérieurs» (Paragraphe 33 ci-dessous).

II. Le droit interne pertinent

A. La Loi fondamentale

25. Les dispositions suivantes de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) entrent en ligne de compte en l'espèce:

Article 5

«(1) chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer librement aux sources généralement accessibles. La liberté de la presse et la liberté de l'information par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.

(2) ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

(3) L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution.»

Article 21

«(1) Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques. Ils doivent rendre compte publiquement de la provenance et de l'emploi de leurs ressources ainsi que de leur patrimoine.

(2) Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte au régime fondamental libéral et démocratique, ou

à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont anticonstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'anticonstitutionnalité.

(3) Des lois fédérales régleront l'application de ces principes.»

Article 33

«(. . .)

(2) Tous les Allemands disposent de l'égalité d'accès à la fonction publique selon leurs aptitudes, leurs capacités et leurs qualifications professionnelles.

13) La jouissance des droits civils et civiques, l'accès à la fonction publique ainsi que les droits acquis en son sein sont indépendants de la confession religieuse. Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une confession [*Bekennntnis*] ou à une «conception philosophique du monde» [*Weltanschauung*].

(. . .)

15) Le droit de la fonction publique doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat.»

Article 48 § 2

«Nul ne peut être empêché d'accepter et d'exercer les fonctions de député. Toute dénonciation d'un contrat de travail ou tout licenciement pour ce motif sont interdits.»

B. La législation sur la fonction publique

26. Aux termes de l'article 7 § 1, alinéa 2, de la loi sur les fonctionnaires fédéraux (*Bundesbeamtenengesetz*) et de l'article 4 § 1, alinéa 2, de la loi-cadre sur les fonctionnaires des *Länder* (*Beamtenrechtsrahmengesetz*), seul peut être nommé fonctionnaire celui qui «offre la garantie qu'il prendra constamment fait et cause pour le régime fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale».

27. L'article 52 § 2 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et l'article 35 § 1, troisième phrase, de la loi-cadre sur les fonctionnaires des *Länder* disposent que «le fonctionnaire est tenu, dans tout son comportement, de professer le régime fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale et d'en assurer le maintien».

28. Ces dispositions ont été reprises dans les législations des *Länder* sur la fonction publique, et notamment à l'article 61 § 2 de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe (*Niedersächsisches Beamtenengesetz*) qui prévoit de même que «le fonctionnaire est tenu, dans tout son comportement, de professer le régime fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale et d'en assurer le maintien».

29. Le code disciplinaire de Basse-Saxe (*Niedersächsische Disziplinarordnung*) contient les dispositions pertinentes ci-après :

Article 2 § 1

«En vertu de la présente loi, peut être poursuivi
(l) un fonctionnaire qui a manqué à son obligation professionnelle alors qu'il bénéficiait du statut de fonctionnaire 1...»

Article 5 § 1

«Les mesures disciplinaires sont: 1...) la révocation (...))»

Article 11 § 1

«La révocation entraîne également la perte du droit à un traitement et des droits à pension (...))»

C. Le décret -sur l'emploi d'extrémistes dans la fonction publique

30. Le 28 janvier 1972, le chancelier fédéral et les ministres-présidents des *Länder* adoptèrent le décret concernant l'emploi d'extrémistes dans la fonction publique (*Ministerpräsidentenbeschluss*) (Bulletin du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne n° 15 du 3 février 1972, p. 142), qui rappelle le devoir de loyauté des fonctionnaires envers le régime fondamental libéral et démocratique et précise ce qui suit:

«(...) L'adhésion de fonctionnaires à des partis ou à des organisations qui combattent le régime constitutionnel - ainsi que tout soutien apporté à de tels partis ou organisations - conduira (...) généralement à un conflit de loyauté. s'il en résulte un manquement au devoir [*Pflichtverstoß*], il appartient à l'employeur de décider dans chaque cas des mesures à prendre.»

31. Aux fins d'application de ce décret, le gouvernement du *Land* de Basse-Saxe arrêta notamment le 10 juillet 1972 des dispositions sur «l'activité politique de candidats à la fonction publique ou de membres de celle-ci, dirigée contre le régime fondamental libéral et démocratique».

32. Des réglementations analogues furent adoptées à l'origine dans tous les *Länder*. Toutefois, à compter de 1979 elles ne furent plus appliquées ou ne le furent que partiellement; elles furent même abrogées dans certains d'entre eux.

En 1990, dans le cadre de leur accord de coalition sur la formation d'un nouveau gouvernement du Land de Basse-Saxe, le parti social-démocrate et celui des «verts» décidèrent d'abolir le décret portant sur l'emploi d'extrémistes dans la fonction publique, abolition réalisée par une décision ministérielle du 26 juin 1990.

33. Le 28 août 1990, le gouvernement du Land prit un certain nombre de mesures concernant le traitement des «dossiers antérieurs», c'est-à-dire les cas des personnes qui avaient été exclues de la fonction publique ou non admises en son sein

en raison de leurs activités politiques. Cette décision prévoyait la possibilité, pour les fonctionnaires révoqués à la suite d'une procédure disciplinaire, et à supposer qu'ils remplissent les conditions de recrutement et de qualification, de les réintégrer dans leurs fonctions, comme ce fut le cas dans la présente espèce (paragraphe 24 ci-dessus), sans pour autant les faire bénéficier d'indemnités ou d'arriérés de salaire.

D. La jurisprudence en matière de fonction publique

34. Dans un arrêt de principe du 22 mai 1975, la Cour constitutionnelle fédérale a précisé le devoir particulier de loyauté des fonctionnaires allemands envers l'Etat et sa Constitution:

«(. . .)

L'Etat administratif moderne - ses missions sont aussi variées que compliquées, et de leur accomplissement adéquat, efficace et ponctuel dépendent le fonctionnement du régime politique et social et la possibilité pour les groupes, les minorités et chaque individu de mener une vie décente - doit pouvoir compter sur un corps de fonctionnaires intact, loyal, fidèle à son devoir, dévoué en son for intérieur à l'Etat et à sa Constitution. Si l'on ne peut plus compter sur les fonctionnaires, alors la société et l'Etat sont «perdus» dans des situations critiques.

(. . .)

Il suffit de retenir que l'obligation de loyauté politique forme le noyau de l'obligation de loyauté du fonctionnaire. Elle ne signifie pas une obligation de s'identifier aux objectifs ou à une politique particulière du gouvernement en place. Elle signifie plutôt le devoir d'être prêt à s'identifier à l'idée de l'Etat que le fonctionnaire doit servir, au régime fondamental libéral et démocratique de cet Etat fondé sur la prééminence du droit et la justice sociale.

(. . .)

L'Etat et la société ne peuvent avoir intérêt à disposer de fonctionnaires qui n'exercent aucune critique. Mais il faut absolument que le fonctionnaire approuve l'Etat - quels que soient ses défauts - et le régime constitutionnel existant tel qu'il est en vigueur, qu'il les reconnaisse dignes de protection, qu'il les professe dans cet esprit et qu'il s'engage activement pour eux.

(. . .)

L'obligation de loyauté politique - loyauté envers l'Etat et la Constitution - requiert plus qu'une attitude formellement correcte, mais par ailleurs désintéressée, froide, distante intérieurement à l'égard de l'Etat et de la Constitution; elle comprend en particulier le devoir pour le fonctionnaire de se désolidariser sans équivoque de groupements et de tendances qui attaquent, combattent et diffament cet Etat, ses institutions et le régime constitutionnel existant.

(. . .)

[L'obligation de loyauté auquel le fonctionnaire est tenu] vaut pour tout type de recrutement dans la fonction publique, qu'il s'agisse d'une affectation

pour une durée déterminée, à titre probatoire, à titre révocable ou à titre permanent. Il n'y a pas davantage place pour une distinction selon la nature des fonctions que l'intéressé est appelé à exercer.

(...)

La circonstance que la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas rendu de décision lui revenant sur l'anticonstitutionnalité d'un parti ne signifie pas que l'on ne puisse être convaincu - et défendre cette conviction - que ce parti poursuit des objectifs anticonstitutionnels et doit donc être combattu sur le terrain politique. Un parti qui par exemple propage dans son programme la dictature du prolétariat ou approuve le recours à la violence aux fins de renverser le régime constitutionnel, si les circonstances devalent le permettre, poursuit des objectifs anticonstitutionnels (...)

(...)

35. Par des arrêts des 29 octobre 1981 et 10 mai 1984, la cour administrative fédérale a considéré qu'un fonctionnaire Qui s'engageait activement au sein du DKP, par exemple en y occupant un poste ou en se présentant comme son candidat aux élections, violait son devoir de loyauté politique, car il s'identifiait nécessairement aux objectifs anticonstitutionnels de ce parti. Elle a suivi le même raisonnement dans un arrêt du 20 janvier 1987 (paragraphe 22 ci-dessus).

E. Le rapport de la commission d'enquête du Bureau international du travail

36. Dans son rapport du 20 février 1987, la majorité de la commission d'enquête du Bureau international du travail a conclu «qu'à divers égards les mesures prises en République fédérale d'Allemagne en application du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral ne sont pas restées dans les limites des restrictions autorisées par l'article 1, paragraphe 2, de la convention n° III [concernant la discrimination en matière d'emploi et des professions]». Elle a également formulé un certain nombre de recommandations.

En réponse à ce rapport, le gouvernement allemand a notamment fait valoir que les mesures prises pour maintenir une fonction publique loyale à la Constitution n'étaient pas contraires aux dispositions pertinentes de la Convention n° III et que par ailleurs les recommandations formulées par la commission d'enquête ne liaient pas l'Etat allemand sur le plan interne.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

37. M^{me} Vogt a saisi la commission le 13 février 1991. Invoquant les articles 10 et 11 de la convention, ainsi que l'article 14 combiné avec l'article 10, elle se plaignait d'une atteinte à son droit à la liberté d'expression et à la liberté d'association.

38. La commission a retenu la requête (n° 17851/91) le 19 octobre 1992. Dans son rapport du 30 novembre 1993 (article 31), elle conclut, par treize voix contre une, qu'il y a eu violation des articles 10 et 11 de la convention et que rien n'imposait d'examiner également la requête sous l'angle de l'article 14 de la convention. Le

texte intégral de son avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt¹.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR

39. Dans son mémoire, le Gouvernement invite la cour à dire «que, dans la présente espèce, la République fédérale d'Allemagne n'a pas porté atteinte aux articles 10, 11 et 14 combiné avec l'article 10 de la Convention».

40. De son côté, la requérante prie la cour «de constater qu'il y a eu violation des articles 10 et 11 de la Convention». .

EN DROIT

1. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

M^{me} Vogt soutient que son exclusion de la fonction publique en raison de ses activités politiques au sein du DKP a enfreint son droit à la liberté d'expression garanti à l'article 10 de la Convention.

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression, ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

A. Sur l'existence d'une ingérence

42. Le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de l'article 10 même si, à l'audience, il a demandé à la cour d'examiner encore une fois attentivement cette question.

¹. *Note du greffier*: pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée volume 323 de la série A des publications de la cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

43. La Cour rappelle que le droit d'accès à la fonction publique a été délibérément omis de la Convention. Le refus de nommer quelqu'un fonctionnaire ne saurait donc fonder en soi une plainte sur le terrain de la Convention. Il n'en ressort pas pour autant qu'une personne désignée comme fonctionnaire ne puisse dénoncer sa révocation si celle-ci enfreint l'un des droits garantis par la Convention. Les fonctionnaires ne sortent pas du champ d'application de cet instrument. En ses articles 1 et 14, la Convention précise que «toute personne relevant de [la] juridiction» des Etats contractants doit jouir, «sans distinction aucune», des droits et libertés énumérés au Titre I. L'article 11 § 2 in fine, qui permet aux Etats d'apporter des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association des «membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat», confirme au demeurant qu'en règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (arrêts *Glaserapp et Kosiek c. Allemagne* du 28 août 1986, série A n° 104, P. 26, § 49, et n° 105, p. 20, § 35). Dès lors, le statut de fonctionnaire titulaire que M^{me} Vogt avait obtenu par sa nomination comme professeur de lycée ne la privait pas de la protection de l'article 10.

4.4. La Cour estime, avec la Commission, qu'il convient de distinguer la présente espèce des affaires *Glaserapp et Kosiek*. Dans celles-ci, la Cour avait analysé le comportement des autorités comme le refus d'admettre les intéressés dans la fonction publique faute d'une des qualifications requises. C'était donc l'accès à la fonction publique qui se trouvait au centre du problème qui lui était soumis. Dès lors, elle avait conclu à l'absence d'ingérence dans le droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 10 (arrêts *Glaserapp et Kosiek* précités, p. 27, § 53, et p. 21, § 39).

M^{me} Vogt, quant à elle, était déjà fonctionnaire titulaire depuis février 1979. Elle fut suspendue en août 1986 et révoquée en octobre 1987 (paragraphe 16 et 20 ci-dessus), à titre de sanction disciplinaire, pour avoir prétendument manqué au devoir de tout membre de la fonction publique de professer le régime libéral et démocratique au sens de la loi fondamentale. Selon les autorités, elle avait, par son engagement au sein du DKP et son refus de se désolidariser de celui-ci, exprimé des positions hostiles audit régime. Partant, il y a bien eu ingérence dans l'exercice du droit protégé par l'article 10 de la Convention.

B. Sur la justification de l'ingérence

45. Pareille immixtion enfreint l'article 10, sauf si elle était «prévue par la loi», dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et «nécessaire, dans une société démocratique» pour les atteindre.

1. «Prévue par la loi»

46. Le Gouvernement estime, avec la Commission, que l'ingérence avait pour base l'article 61 § 2 de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe (paragraphe 28 ci-dessus), telle qu'elle se trouve interprétée par la jurisprudence des cours et tribunaux compétents, et était donc prévue par la loi.

47. La requérante affirme le contraire. Selon elle, l'obligation de loyauté politique énoncée à l'article 61 § 2 de ladite loi n'implique nullement que des fonctionnaires puissent être révoqués en raison d'activités politiques, comme ce fut son cas. Ni la jurisprudence ni la législation n'auraient été suffisamment précises et révisibles sur ce point. En ce qui concerne la jurisprudence, l'intéressée tente de démontrer que l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 mai 1975 (paragraphe 34 ci-dessus) n'avait aucunement apporté aux personnes concernées la précision requise, puisque la Cour administrative fédérale et la Cour fédérale du travail l'avaient interprété de manières toutes différentes. Quant à la législation, le simple fait que, alors qu'il n'y a pas eu de changement législatif, M^{me} Vogt fut réintégrée en 1991 (paragraphe 24 ci-dessus) tout en demeurant affiliée au DKP, attesterait que le libellé de la législation n'avait pas le niveau de précision voulu. La révocation de l'intéressée reposerait en réalité sur une décision politique prise par le chancelier fédéral et les ministres-présidents des *Länder* dans le cadre du décret du 28 janvier 1972 sur l'emploi d'extrémistes dans la fonction publique (paragraphe 30 ci-dessus).

48. La Cour rappelle que le niveau de précision requis de la législation interne - laquelle ne saurait parer à toute éventualité - dépend dans une large mesure du texte considéré, du domaine qu'il couvre et de la qualité de ses destinataires. D'autre part, il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne (arrêt *Chorherr c. Autriche* du 25 août 1993, série A n° 266-B, pp. 35-36, § 25). En l'occurrence, la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour administrative fédérale ont clairement défini la notion d'obligation de loyauté politique imposée à tous les fonctionnaires par les dispositions législatives pertinentes au niveau de la fédération et des *Länder*, y compris l'article 61 § 2 de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe (paragraphe 26-28 ci-dessus). Elles ont notamment déclaré tout engagement actif d'un fonctionnaire au sein d'un parti poursuivant des objectifs anticonstitutionnels tel que le DKP incompatible avec cette obligation. A l'époque des faits - c'est-à-dire pendant la procédure disciplinaire au plus tard - M^{me} Vogt devait avoir connaissance de cette jurisprudence et était donc à même de prévoir les risques qu'elle encourait de par ses activités politiques pour le compte du DKP et son refus de se désolidariser de celui-ci. Même si, comme elle le prétend, il existait une divergence de vues entre la Cour administrative fédérale et la Cour fédérale du travail - divergence qu'au demeurant la Cour n'a pu établir -, celle-ci aurait été sans incidence puisque les juridictions disciplinaires devaient suivre et ont à l'évidence suivi la jurisprudence de la Cour administrative. Quant à la réintégration, dont M^{me} Vogt tire argument, elle n'autorise pas la conclusion que la requérante cherche à en déduire. En effet, une disposition légale ne se heurte pas à l'exigence qu'implique la notion «prévues par la loi» du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation.

Partant, la Cour conclut, avec le Gouvernement et la Commission, que l'ingérence était «prévues par la loi».

2. But légitime

49. Le Gouvernement estime, avec la Commission, que l'ingérence poursuivait

un but légitime. Selon lui, la restriction à la liberté d'expression, qui résulte de l'obligation de loyauté politique des fonctionnaires, visait la protection de la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui.

50. La requérante ne se prononce pas sur la question.

51. La Cour relève qu'un certain nombre d'Etats contractants soumettent les membres de la fonction publique à une obligation de réserve. En l'espèce, l'obligation faite aux fonctionnaires allemands de professer et de défendre activement et constamment le régime fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale (Paragraphes 26-28 ci-dessus) repose sur l'idée que la fonction publique est le garant de la Constitution et de la démocratie. Elle revêt une importance particulière en Allemagne en raison de l'expérience que celle-ci a connue sous la République de Weimar et qui, lorsque la République fédérale a été constituée après le cauchemar du nazisme, a conduit à la volonté d'instaurer une «démocratie apte à se défendre» (*„wehrhafte Demokratie“*). Dans ce contexte, force est de conclure que la révocation de la requérante poursuivait une fin légitime au regard de l'article 10 § 2.

3. *«Nécessaire dans une société démocratique»*

a) *Principes généraux*

52. La cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de ses arrêts relatifs à l'article 10:

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (arrêts *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49, *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 41, et *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 37).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se

substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2) du 26 novembre 1991, série A n° 217, p. 29, § 50). Ce faisant, la cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (arrêt *Jersild* précité, p. 26, § 31).

53. Ces principes s'appliquent également aux membres de la fonction publique: s'il apparaît légitime pour l'Etat de soumettre ces derniers, en raison de leur statut, à une obligation de réserve, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 10 de la convention. Il revient donc à la Cour, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique oeuvre aux fins énoncées à l'article 10 § 2. En exerçant ce contrôle, la Cour doit tenir compte du fait que, quand la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les «devoirs et responsabilités» visés à l'article 10 § 2 revêtent une importance particulière qui justifie de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée est proportionnée au but mentionné plus haut.

b) Application en l'espèce des principes susmentionnés

54. D'après le Gouvernement, l'ampleur de la marge d'appréciation dont l'Etat dispose dans la présente affaire doit s'apprécier en tenant compte de la volonté délibérée des Etats contractants de ne pas reconnaître dans la convention ou ses Protocoles un droit d'accès à la fonction publique, or les exigences auxquelles doivent répondre un candidat à la fonction publique ou un fonctionnaire déjà titularisé seraient étroitement liées. La République fédérale d'Allemagne aurait une responsabilité particulière dans la lutte contre toute forme d'extrémisme, qu'il soit de droite ou de gauche. C'est précisément à cette fin et à la lumière de l'expérience de la République de Weimar qu'aurait été instaurée l'obligation de loyauté politique des fonctionnaires. Ceux-ci seraient en effet le pilier d'une «démocratie apte à se défendre»: ils ne pourraient en conséquence s'engager activement dans des partis poursuivant des objectifs anticonstitutionnels, tel le DKP. Or M^{me} Vogt aurait occupé des fonctions très importantes dans ce parti, dont l'objectif à l'époque des faits était le renversement de l'ordre démocratique et libéral en République fédérale d'Allemagne et qui agissait sur ordre des partis communistes est-allemand et soviétique. Même si aucun reproche ne lui avait été fait dans l'exercice de ses fonctions en soi, elle avait néanmoins, en

tant qu'enseignante, une responsabilité particulière dans la transmission des valeurs fondamentales de la démocratie. Pourtant, malgré les mises en garde dont'elle avait fait l'objet, l'intéressée n'aurait cessé de renforcer son engagement au sein du DKP. voilà pourquoi les autorités allemandes n'auraient eu d'autre choix que de la suspendre de ses fonctions.

55. La requérante conteste la nécessité de l'ingérence. La Cour constitutionnelle fédérale n'ayant pas interdit le DKP, l'engagement actif de l'intéressée au sein de celui-ci - engagement à la base des «accusations» portées contre elle (paragraphe 19 ci-dessus) - constituerait une activité politique légale pour un parti légal et ne saurait donc s'analyser en un manquement à son obligation de loyauté politique. En effet, le respect de celle-ci ne pourrait se mesurer simplement aux buts abstraits d'un parti, mais devrait se référer au comportement individuel, or, de ce point de vue, elle aurait toujours été irréprochable, aussi bien dans l'exercice de ses fonctions, où elle n'aurait jamais cherché à endoctriner ses élèves, qu'en dehors, où elle n'aurait fait aucune déclaration qui eût pu être jugée anticonstitutionnelle. Au contraire, son engagement au sein du DKP reposerait sur sa volonté d'agir pour la paix intérieure et extérieure en République fédérale d'Allemagne et de lutter contre le néofascisme. Elle aurait la ferme conviction de pouvoir servir au mieux la cause de la démocratie et des droits de l'homme par son engagement au sein du DKP; lui demander de renoncer à cette conviction au motif que les autorités nationales en jugent autrement irait à l'encontre de l'essence même de la liberté d'avoir des opinions et de les exprimer. En tout cas, l'imposition de la sanction la plus sévère aurait été tout à fait disproportionnée. De surcroît, la durée très longue de la procédure disciplinaire en l'espèce ainsi qu'une différence considérable dans l'application des dispositions en matière de devoir de loyauté politique des fonctionnaires dans les Länder démontreraient qu'on ne pouvait conclure à l'existence de raisons impérieuses de la révoquer.

56. La Commission partage pour l'essentiel les vues de la requérante. Elle juge déterminante la question de savoir si le comportement et les déclarations personnelles de l'intéressée se heurtaient au régime constitutionnel. Une sanction disciplinaire aussi sévère que la révocation devrait se justifier par l'attitude personnelle du fonctionnaire concerné.

57. En l'espèce, il appartient à la cour d'apprécier si la révocation de M^{me} Vogt répondait à un «besoin social impérieux» et si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi». A cet effet, elle doit examiner les circonstances de l'affaire à la lumière de la situation existant en République fédérale d'Allemagne à l'époque des faits.

58. M^{me} Vogt a adhéré au DKP en 1972. Il ne prête pas à controverse que ce fait était connu des autorités lorsqu'en 1979, même avant le terme de la période probatoire, elles titularisèrent l'intéressée. Or, après enquête sur les activités politiques de celle-ci, une procédure disciplinaire fut engagée à son encontre en 1982 (paragraphe 11 ci-dessus). L'instance fut suspendue à plusieurs reprises pour complément d'enquête, mais M^{me} Vogt fut finalement révoquée le 15 octobre 1987 pour manquement à son obligation de loyauté politique. Les critiques dont elle fit l'objet concernaient ses diverses activités politiques au sein du DKP, les fonctions qu'elle y avait occupées et sa candidature aux élections du Parlement du *Land* (paragraphe 19 ci-dessus).

L'obligation de loyauté politique à laquelle sont soumis les fonctionnaires allemands, telle qu'elle a été définie par la Cour constitutionnelle fédérale dans son arrêt du 22 mai 1975, comprend le devoir pour tout fonctionnaire de se désolidariser sans équivoque de groupements qui attaquent et diffament l'Etat et le régime constitutionnel existant. A l'époque des faits, les juridictions allemandes avalent estimé - s'appuyant sur le programme officiel du parti - que le DKP avait pour but le renversement des structures sociales et du régime constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne ainsi que l'instauration d'un système politique proche de celui de la République démocratique allemande

59. La Cour part de l'hypothèse qu'un Etat démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie. A cet égard, elle tient compte de l'expérience de l'Allemagne sous la République de Weimar et durant l'amère période qui a suivi l'effondrement de ce régime jusqu'à l'adoption de la Loi fondamentale en 1949. L'Allemagne souhaitait éviter la répétition de ces expériences en fondant son nouvel Etat sur l'idée de «démocratie apte à se défendre». Il ne faut pas oublier non plus ce qu'était la situation de l'Allemagne dans le contexte politique à l'époque des faits. Il va de soi que ces circonstances ont ajouté du poids à cette notion essentielle et à l'obligation correspondante de loyauté politique imposée aux fonctionnaires.

Il reste que le caractère absolu de cette obligation telle que les juridictions allemandes l'ont interprétée est frappant. Elle s'impose de manière égale à tous les fonctionnaires, quels que soient leurs fonctions et leur rang. Elle implique que tout fonctionnaire, quelles que soient ses propres opinions sur la question, doit renoncer sans équivoque à tous les groupements et mouvements que les autorités compétentes jugent hostiles à la constitution. Elle ne permet pas de distinction entre activité professionnelle et vie privée; cette obligation doit toujours être remplie, quel que soit le contexte.

Il faut relever aussi qu'à l'époque des faits, aucun autre Etat membre du conseil de l'Europe ne semble avoir imposé une obligation de loyauté de pareille rigueur et que, même en Allemagne, ce devoir n'a pas été interprété et appliqué de la même manière à travers le pays; un nombre considérable de *Länder* n'ont pas tenu des activités comme celles en cause ici pour incompatibles avec cette obligation.

60. Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'apprécier le système en tant que tel. Elle se concentrera donc sur la révocation de M^{me} Vogt.

A cet égard, elle note d'emblée qu'il existe plusieurs raisons de considérer la révocation d'un enseignant du secondaire à titre de sanction disciplinaire pour défaut de loyauté comme une mesure très rigoureuse. D'abord à cause de l'effet que cette mesure a sur la réputation de la personne concernée et, ensuite, parce qu'un enseignant du secondaire révoqué de la sorte perd ses moyens de subsistance, en principe du moins, car la juridiction disciplinaire peut l'autoriser à conserver une partie de son salaire. Enfin, il peut être quasiment impossible pour un enseignant du secondaire en pareil cas de trouver un autre emploi de professeur, puisque les postes de ce genre en dehors de la fonction publique sont rares en Allemagne. En conséquence, l'intéressé se verra presque à coup sûr privé de la faculté d'exercer la seule profession pour

laquelle il ait une vocation, pour laquelle il a été formé et dans laquelle il a acquis des aptitudes et de l'expérience.

Un second aspect à relever: M^{me} Vogt enseignait l'allemand et le français dans un établissement secondaire, poste qui, en soi, ne comportait aucun risque pour la sécurité.

Le risque résidait dans la possibilité que, contrairement aux devoirs et responsabilités particuliers incombant aux enseignants, elle tirât profit de sa position pour endoctriner ou exercer quelque autre influence indue sur ses élèves pendant les cours. Or aucune critique ne lui a été adressée sur ce point. Au contraire, son travail au lycée avait été jugé pleinement satisfaisant par ses supérieures et elle était hautement appréciée aussi bien par ses élèves et leurs parents que par ses collègues (Paragraphe 10 ci-dessus); les juridictions disciplinaires avaient reconnu qu'elle avait toujours rempli ses fonctions d'une manière irréprochable (Paragraphe 20 et 22 ci-dessus). D'ailleurs, les autorités ne l'ont suspendue de ses fonctions que plus de quatre ans après le début de la procédure disciplinaire (Paragraphe 11-16 ci-dessus), démontrant ainsi qu'elles ne jugeaient pas très impérieuse la nécessité de soustraire les élèves à l'influence de l'intéressée.

Un enseignant étant symbole d'autorité pour ses élèves, les devoirs et responsabilités particulières qui lui incombent valent aussi dans une certaine mesure pour ses activités en dehors de l'école. Or aucun élément ne permet de dire que M^{me} Vogt elle-même, fût-ce en dehors de son travail au lycée, ait effectivement tenu des propos anticonstitutionnels ou ait personnellement adopté une attitude anticonstitutionnelle. Les seules critiques qu'elle se soit attirées concernaient son engagement actif au sein du DKP, les fonctions qu'elle y avait exercées et sa candidature aux élections du Parlement du *Land*. M^{me} Vogt a toujours affirmé sa conviction personnelle que lesdites activités se conciliaient avec la défense des principes du régime constitutionnel allemand. Les juridictions disciplinaires reconnaissaient que sa conviction était franche et sincère, tout en considérant que cela n'avait aucune valeur légale (paragraphe 22 ci-dessus) et même l'enquête longue de plusieurs années n'a apparemment pu révéler de cas où M^{me} Vogt ait en effet formulé des déclarations spécifiques démentant son affirmation énergique d'après laquelle elle défendait les valeurs de l'ordre constitutionnel allemand.

Une dernière considération est à prendre en compte : la cour constitutionnelle fédérale n'avait pas interdit le DKP et en conséquence les activités de l'intéressée au sein de celui-ci étaient totalement légales.

61. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que, si les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier son ingérence dans le droit de M^{me} Vogt à la liberté d'expression sont à coup sûr pertinentes, elles ne suffisent pas à établir de manière convaincante qu'il était nécessaire dans une société démocratique de révoquer l'intéressée. Même en laissant une certaine marge d'appréciation, force est de conclure que la révocation de M^{me} Vogt de son poste d'enseignant de lycée, à titre de sanction disciplinaire, était disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Partant, il y a eu violation de l'article 10.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION

62. La requérante allègue également une atteinte à son droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la convention, ainsi rédigé :

«1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.»

A. Sur l'existence d'une ingérence

63. Comme pour l'article 10, le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de l'article 11, même si, à l'audience, il a demandé à la cour d'examiner encore une fois attentivement cette question.

64. Malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit en l'occurrence s'envisager aussi à la lumière de l'article 10 (arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, p. 23, § 57, et *Ezelin c. France* du 26 avril 1991, série A n° 202, p. 20, § 37). La protection des opinions personnelles, visée à l'article 10, constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée à l'article 11.

65. Eu égard aux principes énoncés à propos de l'article 10 (Paragraphes 43 et 44 ci-dessus), M^{me} Vogt, en tant que fonctionnaire titulaire, bénéficiait également de la protection de l'article 11.

Or l'intéressée a été exclue de la fonction publique pour avoir obstinément refusé de se désolidariser du DKP au motif que son affiliation à ce parti ne se heurterait pas à son devoir de loyauté.

Partant, il y a eu ingérence dans l'exercice du droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 11.

B. Sur la justification de l'ingérence

66. Pareille immixtion enfreint l'article 11, sauf si elle répond aux exigences du paragraphe 2, qui sont identiques en substance à celles du paragraphe 2 de l'article 10. Seule la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article 11 prévoit des exceptions.

67. A cet égard, la cour estime, avec la commission, que la notion «d'administration de l'Etat» appelle une interprétation étroite, tenant compte du poste occupé

par le fonctionnaire concerné.

68. Cependant, même si l'on considère que les enseignants font partie de «l'administration de l'Etat» au sens de l'article 11 § 2 - une question que la Cour estime ne pas devoir trancher en l'espèce - la révocation de M^{me} Vogt était, pour les mêmes raisons que celles indiquées en ce qui concerne l'article 10 (paragraphe 51 à 60 ci-dessus), disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi.

Il y a donc eu aussi violation de l'article 11.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 10

69. Devant la commission, la requérante alléguait la violation de l'article 14 de la convention combiné avec l'article 10, mais devant la Cour, elle n'a pas repris ce grief.

70. La cour ne croit pas devoir examiner la question d'office.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 DE LA CONVENTION

71. Aux termes de l'article 50 de la Convention,

«Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.»

72. M^{me} Vogt sollicite une indemnité pour dommage matériel et moral et le remboursement de ses frais et dépens.

73. Le Gouvernement et le délégué de la commission estiment excessifs la plupart des montants réclamés.

74. Selon la Cour, la question ne se trouve pas en état. Il y a donc lieu de la réserver et de fixer la procédure ultérieure en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'Etat défendeur et la requérante (article 54 §§ 1 et 4 du règlement A).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par dix-sept voix contre deux, que l'article 10 de la Convention s'applique en l'espèce ;
2. *Dit*, par dix voix contre neuf, qu'il y a eu violation de l'article 10 ;
3. *Dit*, à l'unanimité, que l'article 11 de la Convention s'applique en l'espèce;
4. *Dit*, par dix voix contre neuf, qu'il y a eu violation de l'article 11;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner l'affaire sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10;
6. *Dit*, par dix-sept voix contre deux, que la question de l'application de l'article 50 de la Convention ne se trouve pas en état ;

en conséquence,

- a) *la réserve*;
- b) invite le Gouvernement et la requérante à lui soumettre par écrit, dans les six mois, leurs observations sur ladite question et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir;
- c) réserve la procédure ultérieure et délègue au président le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique, à Strasbourg, le 26 septembre 1995.

Rolv RYSSDAL
Président

Herbert PETZOLD
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 53 § 2 du règlement A, l'exposé des opinions suivantes :

- a) opinion dissidente commune à MM. Bernhardt, Gôlcüklü, Matscher, Loizou, Mifsud Bonnici, Gotchev, Jungwiert et Küris ;
- b) opinion dissidente complémentaire de M. Gotchev ;
- c) opinion dissidente de M. Jambrek.

Une déclaration de M. Mifsud Bonnici est également annexée.

**OPINION DISSIDENTE COMMUNE À MM. LES JUGES BERNHARDT,
GÔLCÜKLÜ,
MATSCHER, LOIZOU, MIFSUD BONNICI, GOTCHEV, JUNGWIERT
ET KÜRIS**

(traduction provisoire)

Nous estimons que les mesures disciplinaires prises à l'encontre de Mme Vogt par ou avec l'approbation de toutes les autorités et juridictions allemandes concernées n'enfreignent ni l'article 10 ni l'article 11 de la Convention. Non seulement la révocation de l'intéressée de son poste de professeur de l'enseignement public était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, mais elle était proportionnée et pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique. Elle ressortit à la marge d'appréciation qu'il convient de laisser aux autorités nationales.

1. Les circonstances de la révocation appellent, selon nous, un autre éclairage que celui sous lequel se place le présent arrêt de la grande chambre. Mme Vogt adhéra au parti communiste (DKP) depuis 1972, mais devint néanmoins titulaire d'un poste en 1979. On peut aisément l'expliquer du fait que dans la pratique

allemande, l'appartenance officielle à un parti extrémiste ne fait pas en soi, en principe, obstacle à la nomination ou au maintien à un poste de la fonction publique. C'est seulement après avoir été titularisée que Mme Vogt intensifia ses activités pour le compte du DKP (paragraphe 11-23 de l'arrêt). Des activités de ce genre ne manqueront à l'évidence pas d'être connues dans un établissement scolaire et parmi les élèves, même si le professeur concerné ne diffuse pas ses convictions politiques dans la salle de classe.

Il ne fait pas davantage de doute, à notre avis, que le programme du DKP et l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne tel que le consacre la Loi fondamentale ne pouvant, se concilier. Lorsqu'une personne comme M.^{me} Vogt professe son adhésion à tous les points du programme du DKP et proclame dans le même temps son respect pour l'ordre constitutionnel, ces assertions sont elles aussi incompatibles.

2. Du début de la procédure disciplinaire dirigée contre Mme Vogt jusqu'à la révocation définitive de celle-ci, le DKP avait le soutien du régime communiste et de son parti au pouvoir en Allemagne de l'Est (à l'époque, la République démocratique allemande), et le DKP lui-même a toujours considéré l'ordre politique et constitutionnel est-allemand comme fondamentalement différent de celui de la République fédérale et supérieur à lui. On ne peut guère nier non plus qu'à l'époque des faits, en raison de la confrontation Est-Ouest et de l'antagonisme entre le régime communiste d'une part, et l'ordre démocratique ouest-allemand de l'autre, il fallait renforcer l'ordre démocratique et ne pas le laisser saper.

En pareille situation et eu égard à l'histoire singulière de l'Allemagne, en particulier l'anéantissement de la Constitution démocratique de Weimar, l'Etat doit pouvoir révoquer ses fonctionnaires, y compris les enseignants, qui sont engagés activement au sein de partis antidémocratiques. Cela vaut pour tous les partis extrémistes, qu'ils se situent à gauche ou à droite de l'éventail politique.

3. Les autorités allemandes pouvaient donc tenir la révocation de Mme Vogt pour nécessaire dans une société démocratique, conformément aux articles 10 et 11. La fonction publique revêt la plus haute importance dans presque tous les Etats pour le bon fonctionnement de l'ordre démocratique, et les Etats doivent en conséquence jouir d'une marge d'appréciation considérable en matière de recrutement ou de révocation de fonctionnaires. Ils doivent pouvoir exiger de ceux-ci qu'ils renoncent à leur soutien actif et important à un parti extrémiste ou qu'ils quittent la fonction publique.

OPINION DISSIDENTE COMPLEMENTAIRE DE M. LE JUGE GOTCHEV

(traduction provisoire)

J'ai voté pour la non-violation car j'ai la ferme conviction que l'article 10 de la Convention n'était pas applicable.

L'arrêt (Paragraphe 43) confirme que l'accès à la fonction publique n'est pas

un droit protégé par la Convention. Toutefois, d'après la jurisprudence de la Cour, si le refus de l'accès à la fonction publique entraîne une infraction à une autre disposition de la Convention, ladite disposition s'applique. De sorte que si, comme en l'espèce, le refus d'admettre quelqu'un dans la fonction publique ou sa révocation représente en même temps une violation de l'article 10, cet article sera applicable.

Je ne saurais partager ce raisonnement. Mme Vogt ne fut pas révoquée de son poste d'enseignante pour avoir exprimé une opinion ou une idée. D'après la décision judiciaire, elle fut en fait révoquée car elle était membre du DKP, membre du comité directeur de la section régionale, présidente de la section locale et qu'elle s'était portée candidate pour ce parti aux élections du parlement. On n'a nullement mentionné une déclaration, une publication ou une autre forme d'expression d'opinion.

Dans les deux affaires citées dans l'arrêt - Glasenapp et Kosiek - la révocation fut la conséquence de l'expression d'une opinion - une lettre envoyée par la requérante à un journal dans le premier cas et deux livres publiés par le requérant dans le second.

La Cour a pourtant estimé dans l'une et l'autre affaires qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE JAMBREK

(traduction provisoire)

1. Avec la majorité, j'estime que les articles 10 et 11 de la Convention s'appliquent en l'espèce et qu'il y a eu ingérence. Je m'écarte toutefois de la majorité lorsqu'il s'agit de dire si l'ingérence dénoncée était nécessaire dans une société démocratique et si elle était proportionnée au but légitime poursuivi. J'ai donc conclu que la restriction se conciliait avec les libertés dont il s'agit. Je souscris aussi entièrement à l'opinion dissidente commune de mes collègues, mais désire ajouter les points suivants à leur raisonnement.

2. Afin de ménager un juste équilibre entre les droits de Mme Vogt et l'obligation de la République fédérale d'Allemagne à l'époque des faits de veiller à ce que les écoles publiques, outre leurs fonctions ordinaires, favorisent aussi comme il se devait les intérêts légitimes que sont la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique ainsi que la protection des droits d'autrui, j'examinerai les circonstances de la cause d'abord à la lumière de la situation prévalant en République fédérale d'Allemagne, puis à la lumière des choix qui s'offraient à Mme Vogt, chaque fois à l'époque pertinente.

3. La majorité a tenu compte de «l'amère période qui a suivi l'effondrement» de la République de Weimar en Allemagne ainsi que la «situation de [celle-ci] dans le contexte politique de l'époque.» Elle a aussi relevé que «le cauchemar du nazisme» l'a conduite à «la volonté d'instaurer une "démocratie apte à se défendre"». J'ajoute que ce principe constitutionnel représentait aussi à l'époque à considérer pour la présente affaire un objectif légitime justifiant l'obligation, imposée à tous les fonctionnaires, de loyauté envers les valeurs de la démocratie et la prééminence du droit.

La situation de la République fédérale d'Allemagne en Europe occidentale de 1945 à 1990 était singulière et unique par comparaison avec celle d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe. Il s'agissait d'un Etat amputé au peuple divisé, en première ligne face aux pays de l'ancien bloc communiste. Partant, il était immanquablement plus vulnérable et plus exposé du point de vue de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale et de la sûreté publique; il risquait en particulier l'infiltration par des agents et une propagande politique hostile à son ordre constitutionnel. Je n'ai, à cet égard aucune raison de douter des faits avancés dans le mémoire du Gouvernement et présentés à l'audience par son agent.

Je n'aperçois pas davantage de raison de douter des faits produits et des appréciations formulées par l'agent du Gouvernement quant au caractère et au rôle du parti communiste allemand (DKP), dont Mme Vogt était membre actif et un des responsables. A mon sens, on peut à juste titre supposer qu'à l'époque pertinente, ledit parti visait le renversement de l'ordre constitutionnel démocratique de la République fédérale d'Allemagne afin d'y instaurer un système communiste calqué sur le modèle de l'ancienne République démocratique allemande. Qui plus est, le DKP disposait des moyens de mettre ses objectifs politiques en oeuvre : il était financé par son homologue d'Allemagne de l'Est (SED), ses membres étaient formés par le SED, et environ 200 d'entre eux recevaient des instructions de celui-ci en matière de sabotage et de terrorisme ; c'est seulement en 1989 que ce groupe fut dissous. A l'audience, M. P. Becker a dit au nom de la requérante, que «[C]e [n'était] pas la répression de l'Etat qui [avait] fait perdre de son attrait au (DKP), mais bien la chute des régimes socialistes.»

4. Mme Vogt était membre du parti communiste allemand depuis 1972. Elle fut nommée fonctionnaire titulaire le 1er février 1979. Ce n'est qu'après, à partir de l'automne 1980, qu'elle joua un rôle actif au sein du DKP et s'engagea dans les diverses activités politiques retracées dans le dossier. Le 13 juin 1982, une procédure disciplinaire fut engagée contre elle au motif qu'elle avait manqué au devoir de loyauté à la Constitution. Le 31 octobre 1989, la cour disciplinaire de Basse-Saxe écarta Son recours contre la sanction disciplinaire de révocation que la chambre disciplinaire du tribunal administratif d'Oldenburg lui avait infligée. Après quoi eurent lieu diverses autres procédures; pour finir, la Cour constitutionnelle fédérale débouta l'intéressée de son recours le 7 août 1990.

Je rappelle les faits ci-dessus afin de replacer dans leur juste contexte les points suivants:

- Mme Vogt a été nommée fonctionnaire titulaire en vertu de la pratique constante d'après laquelle la simple adhésion au DKP ne constituait pas un manquement à la loyauté;

- l'instance disciplinaire à son encontre fut lancée seulement après que l'intéressée se fut engagée dans des activités politiques plus importantes; - il est faux de supposer que la durée de la procédure, pendant laquelle Mme Vogt fut autorisée à poursuivre ses enseignements, indique qu'il n'existait nul «besoin social impérieux» de mettre un terme aux activités anticonstitutionnelles de l'intéressée;

- au contraire, les tribunaux allemands précisèrent escompter qu'elle renonçât à ses activités au sein du DKP ; voir, entre autres, l'opinion de la cour disciplinaire de Basse-Saxe d'après laquelle «un changement radical d'attitude de la part du fonctionnaire pouvait avoir une incidence sur l'appréciation de la *gravité de la faute professionnelle*» (paragraphe 22 *in fine*) ;

- une fois la procédure ouverte à son encontre, Mme Vogt avait largement le temps de choisir entre au moins deux options pour répondre aux exigences officielles : elle pouvait soit poursuivre ses activités au sein du DKP et chercher un autre emploi en-dehors de la fonction publique allemande, soit y conserver son poste et demeurer membre du DKP tout en ramenant ses activités en son sein à leur niveau d'avant 1979.

5. La question-clé suivante est celle de savoir si la révocation de Mme Vogt («l'ingérence») était réellement nécessaire en ce qu'elle représentait un «besoin social impérieux», vu le rapport entre la manière dont l'intéressée s'acquittait de ses fonctions professionnelles et ses activités politiques. On peut à cet égard dégager et défendre deux hypothèses contraires.

Selon la première, le travail de Mme Vogt était apolitique et purement pédagogique par essence ; elle pouvait l'accomplir d'une manière n'impliquant nullement l'expression de valeurs. La dissociation entre vie professionnelle et privée (y compris politique) levait donc le risque que le rôle politique de M.^{me} Vogt eût sur son rôle d'enseignante de telles conséquences qu'il engendrât le besoin social impérieux de la révoquer.

Les autorités allemandes penchèrent pour l'autre branche de l'alternative. Usant d'un langage différent, elles ont affirmé que le lien entre les deux rôles était assez étroit pour justifier l'ingérence. En la matière, on peut aussi tenir compte de ce que l'enseignant fait figure de «modèle» pour ses élèves, des diverses manières «subtiles» et «voilées» dont des valeurs politiques et morales «se glissent» dans le langage et la logique pédagogiques, de la possibilité de communications périscolaires entre l'enseignant et ses élèves, de la loyauté professionnelle escomptée à l'égard de la fonction publique et se traduisant par l'adhésion à l'éthique et à l'esprit de corps de la communauté professionnelle, etc. Dans son intervention devant la Cour, Mme Vogt a elle-même déclaré s'être toujours employée à communiquer ses convictions fondamentales «en tant qu'enseignante et en tant qu'être humain, et [l'avoir] fait à l'école et en dehors de l'école».

A mon sens, l'image est floue et même dans une situation concrète, on a du mal à répondre par oui ou par non. Je suis donc parvenu à la conclusion que, sur cet aspect de l'affaire, les autorités et juges allemands étaient mieux placés pour apprécier si l'ingérence était nécessaire à la défense de la démocratie, l'une des principales raisons justifiant les restrictions dans l'intérêt de la sécurité nationale, et qu'il faut donc leur laisser dans le cadre de leur marge d'appréciation un pouvoir discrétionnaire plus large que celui reconnu par la majorité.

6. Pour la majorité de la chambre, l'obligation de loyauté politique imposée aux fonctionnaires allemands revêt «un caractère absolu», (S'exprimant au nom de la Commission sur ce point, M. Trechsel s'est référé à «la célèbre *Deutsche*

Gründlichkeit)). Il s'agit là à mes yeux d'une déformation, loin de la réalité qui se dégage des faits figurant dans le dossier de la présente affaire.

M. Becker a informé la Cour que pas plus de 1 à 1,5 % des fonctionnaires connus officiellement comme étant d'extrême gauche ont été effectivement révoqués. Si le système revêtait vraiment un caractère «absolu», la proportion pertinente devrait avoisiner les 100 %.

En deuxième lieu, le seuil du manquement à l'obligation minimale de loyauté a été fixé assez haut quoiqu'avec une certaine souplesse, et doit s'apprécier cas par cas. Ici encore, si le système était «absolu», la simple affiliation au DKP constituerait sans doute un manquement à cette obligation.

Troisièmement, ainsi qu'il ressort de l'affaire Vogt elle-même, la sanction définitive ne fut imposée qu'après une conduite active et réitérée tenue pour déloyale. On peut même déduire des instances disciplinaires et judiciaires dirigées contre M.^{me} Vogt que «le système» a fonctionné avec beaucoup de retenue. L'accusée semble avoir fait l'objet de «mises en garde» visant «à la faire renoncer à ses activités politiques au sein du DKP» (paragraphe 22 *in fine*). A mes yeux, la révocation fut la sanction du dernier recours, une fois qu'il apparut que toutes les autres mesures étaient vouées à l'échec.

Quatrièmement, «le système» paraît souple si l'on se place du point de vue du temps. Il se modifiait pour s'adapter aux nouvelles circonstances politiques, dont l'une des plus dramatiques fut la chute du mur de Berlin: dans le Land de Basse-Saxe, le décret sur l'emploi des extrémistes dans la fonction publique fut abrogé par une décision ministérielle du 26 juin 1990 et, le 1er février 1991, la requérante fut réintégrée à son poste d'enseignante au sein du service de l'éducation de Basse-Saxe.

Cinquièmement enfin, les différences contestées d'une région à l'autre dans la mise en oeuvre n'attestent pas pour moi le caractère «absolu» ou «radical» du «système».

La perception erronée qu'a la majorité du caractère du système dénoncé et de sa mise en oeuvre a sérieusement joué, à mon sens, sur le degré de discrétion reconnu aux autorités allemandes, y compris les cours et tribunaux, en la matière.

La majorité est, selon moi, tombée dans le sophisme suivant: les autorités allemandes ayant agi dans le cadre d'un système étroitement défini et rigide, il y a lieu de tenir l'application de ce système sous la forme d'une ingérence dans des droits de l'homme protégés par la Convention comme prédét erminée, non raisonnée et manquant de la mesure nécessaire. Le contrôle de la Cour européenne apparaissait donc d'autant plus souhaitable.

Les faits de la cause m'ont amené à la conclusion opposée: «le système», tel qu'il découle du grand principe constitutionnel et qu'il se trouve défini par la Cour constitutionnelle allemande, repose sur une doctrine juridique étoffée et puise ses racines dans l'histoire politique allemande. Il est aussi à même de répondre aux exigences d'aujourd'hui et est appliqué d'une manière rationnelle et souple. L'affaire Vogt ne se démarque pas de cette position.

7. Dans l'affaire Kosiek, celle des affaires relatives à l'article 10 dont les faits

se rapprochent le plus de ceux du cas présent, le requérant se plaignait d'avoir été licencié de son poste de maître-assistant - avec statut de fonctionnaire à l'essai - en raison de ses activités politiques au sein du NPD et de la teneur des deux livres dont il était l'auteur ; il se prétendait victime d'un manquement à l'article 10 de la Convention. Pour statuer, la Cour a d'abord recherché si la révocation contestée s'analysait en une «ingérence» dans l'exercice de la liberté d'expression de l'intéressé protégée par l'article 10 - telle qu'une formalité, condition, restriction ou sanction - ou si elle se situait dans le champ du droit d'accès à la fonction publique, non garanti, lui, par la Convention.

La Cour releva que l'une des qualifications personnelles requises de quiconque sollicitait un emploi dans la fonction publique en République fédérale d'Allemagne était de faire ses preuves en étant prêt à défendre constamment le régime libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale. La Cour nota en outre que cette condition «concern[ait] le recrutement dans la fonction publique, matière délibérément laissée en-dehors de la convention, et ne [pouvait] être considérée comme incompatible en soi avec cette dernière» (paragraphe 38). Elle constata que le ministère avait révoqué l'intéressé parce qu'il était «responsable important du NPD», que les objectifs de ce parti «étaient hostiles à la Constitution», et que les juridictions internes avaient adopté en substance la même démarche; elle ajoutait : «Il n'appartient pas à la Cour de contrôler la justesse de leurs conclusions.»

La Cour a ensuite déclaré que «l'accès à la fonction publique [se trouvait] au centre du problème soumis à la Cour» et, par ce motif, ne constata pas de violation de l'article 10.

Je me suis prononcé pour l'applicabilité de l'article 10 en l'espèce, conscient que cette décision s'écarte de la jurisprudence constante de la Cour, notamment l'arrêt Kosiek. Je souhaite donc, par la voie d'une opinion concordante, dire que je ne souscris pas au motif avancé par la majorité pour distinguer les affaires Glasenapp et Kosiek (Paragraphe 44) : elle dit que dans ces affaires-là, la Cour a vu dans les mesures des autorités «le refus d'admettre les intéressés dans la fonction publique», tandis que Mme Vogt fut révoquée après avoir été titularisée. De plus, dans les affaires précédentes, la qualification requise était la disposition à «défendre le régime libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale», alors que la révocation de la requérante en l'espèce constituait «une sanction disciplinaire pour manquement au devoir de tout titulaire d'un poste de ce genre».

La distinction n'emporte pas la conviction. Aux fins de l'article 10, la Cour doit répondre à deux questions:

Premièrement, le ou la requérant(e) a-t-il/elle ou non exercé l'une des libertés protégées par l'article 10 § 1 ? Dans chacune des trois affaires (Glasenapp, Kosiek, Vogt), la réponse est affirmative.

Deuxièmement, l'exercice desdites libertés était-il soumis à des formalités, conditions, restrictions ou sanctions ? D'après moi, dans chacune des trois affaires, les mesures prises par les autorités relèvent de la même catégorie, c'est-à-dire d'une condition, d'une restriction ou d'une sanction à laquelle

l'exercice des libertés respectives se trouvait soumis, M. Kosiek fut licencié de son poste de fonctionnaire à l'essai, tandis que Mme Vogt fut licenciée du poste dont elle était titulaire - pour les mêmes raisons, car il ne saurait y avoir d'incidence pour la cour que dans le premier cas les vues exprimées fussent d'extrême droite et dans la seconde, d'extrême gauche.

Il serait plus approprié à mon sens que la Cour reconnaisse franchement le changement de politique judiciaire survenu entre l'affaire Kosiek et l'affaire Vogt, au lieu d'arguer, avec peu de succès selon moi, qu'elle maintient le même principe avec des résultats différents de par les différences entre les situations de fait.

La Cour devrait alors conserver dans ce dernier arrêt les arguments de fond pertinents du premier, du moins sous une forme modifiée pour les faire cadrer avec le raisonnement de la présente cause. Si l'accès à la fonction publique ne se trouve plus «au centre du problème», il conviendrait en tout cas de lui accorder un poids supplémentaire dans la mise en balance. Et si la position radicale d'après laquelle «il n'appartient pas à la Cour de contrôler la justesse [des] conclusions [des tribunaux internes]» ne peut subsister, il faudrait reconnaître ne fût-ce que la large marge d'appréciation supplémentaire de ceux-ci en matière de recrutement dans la fonction publique, y compris l'accès et la révocation.

8. En conclusion, je n'ai pas accordé le même poids que la majorité aux ingrédients-clé suivants pour appliquer les critères de nécessité et de proportionnalité en l'espèce:

- la situation spécifique de l'Allemagne en Europe de l'Ouest de 1945 à 1990, avec un peuple divisé, confronté à l'ancien bloc communiste, qui le rendait vulnérable et exposé du point de vue de la sécurité nationale (y compris la défense des valeurs démocratiques), l'intégrité territoriale et la sûreté publique,
- le rôle du DKP comme moyen d'infiltration et de diffusion de la propagande communiste en Allemagne,
- l'engagement politique actif de la requérante au sein de ce parti à compter de l'automne 1980,
- la mesure et la souplesse dont les autorités allemandes ont fait preuve dans l'application du devoir de loyauté politique,
- les liens complexes entre vie privée en politique et vie professionnelle dans la fonction publique,
- l'importance de la large marge d'appréciation à reconnaître aux tribunaux internes lorsqu'ils se trouvent saisis de questions de recrutement dans la fonction publique.

Je constate en conséquence que les mesures disciplinaires prises contre Mme Vogt étaient proportionnées et pouvaient passer pour nécessaires dans une société démocratique.

DECLARATION DE M. LE JUGE MIFSUD BONNICI

(traduction provisoire)

J'ai voté contre l'applicabilité de l'article 10 en l'espèce, mais la majorité a adopté la position contraire. Selon moi, seul l'article 11 s'applique. J'ai souscrit à l'opinion dissidente commune car elle couvre aussi cette disposition.

ANOTAÇÃO
Por
Luís Serradas Tavares (*)

I

Razão de Ordem

Ao procedermos ao comentário deste acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pareceu-nos correcto, quer do ponto de vista estritamente jurídico, quer do ponto de vista do interesse do leitor, efectuar uma análise tripartida. Assim, e em primeiro lugar, abordam-se os aspectos genéricos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como sejam, a sua origem e celebração, e a sua caracterização jurídico-internacional, possibilitando-se, deste modo, uma melhor contextualização deste aresto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Num segundo ponto comentar-se-à essencialmente o conteúdo principal do Acórdão, pondo em evidência a liberdade de interpretação e concretização que a Convenção admite ao juiz internacional na aplicação dos direitos fundamentais nela consagrados.

Finalmente, procuraremos retirar conclusões mais latas do ponto de vista do Direito Internacional, nomeadamente ligadas a questões como a da primazia (ou não) deste direito sobre as ordens internas e a posição jurídica do indivíduo perante o Direito Internacional.

II

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a sua eficácia nos ordenamentos jurídicos estaduais.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, expressão por que é conhecida a *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, foi assinada em Roma a 4 de Novembro de 1950, no âmbito do Conselho da Europa, organização internacional empenhada, sobretudo, desde a sua criação, em 1948, na defesa e salvaguarda dos direitos do homem no espaço europeu.

(*) Mestre em Direito. Assistente da Universidade Lusíada.

Apesar de assinada em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) veio a entrar em vigor em 1953, após o depósito do décimo instrumento de ratificação, condição fixada pelo seu artigo 66.º, n.º 2.

A convenção tem vindo a ser completada e aperfeiçoada através de Protocolos Adicionais - dez até ao momento - (providos da mesma eficácia e força jurídica, porquanto são tratados concluídos entre os mesmos Estados e com as formalidades da Convenção originária). O Estado português aderiu à CEDH em Novembro de 1978.

Sendo a convenção destinada à salvaguarda efectiva dos direitos humanos no espaço europeu, não admira que ela preveja o funcionamento de órgãos dotados de competências reais na verificação do seu cumprimento por parte dos Estados membros.

Realce, neste ponto, para a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com poderes para indagar administrativamente e judicialmente o cumprimento das obrigações estaduais face dos respectivos cidadãos.

Assim é que, apesar da jurisdição do Tribunal ser facultativa, os Estados, tendo-a aceite, comprometem-se a admitir aos particulares o exercício do seu direito de acção (se bem que mediado pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem), podendo eles, por essa via, obter a condenação do Estado faltoso.

Esta caracterização da CEDH e do aparelho orgânico por ela instituído (sem paralelo noutras regiões do globo) resulta em que a Convenção (bastante inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem) é um verdadeiro tratado *self-executing*, ou seja, um tratado destinado a inserir um regime jurídico na ordem interna de cada Estado contratante¹ dando origem, concomitantemente, à possibilidade de qualquer cidadão (nacional ou estrangeiro, pelo menos nos Estados que consagrem o princípio da equiparação - em Portugal art. 15.º, n.º 1, da Constituição) invocar as respectivas disposições nos tribunais internos², cabendo aos juizes nacionais fazer a respectiva aplicação.

Trata-se assim de um corpo de normas internacionais que, no entanto, têm aplicação interna nos mesmos moldes das normas nacionais, exceptuando, claro está,

¹ «Como tratado internacional que é a Convenção Europeia assume no entanto um carácter particular que lhe advém do seu objectivo próprio. Com efeito, esta não é constituída ao invés do que é habitual e comum, pela regulamentação de relações inter-estaduais, isto é, pelo estatuto de situações jurídicas que teriam como sujeitos Estados soberanos ou entidades a quem estes reconheçam a condição de sujeitos de direito internacional. Muito pelo contrário, as relações a cuja regulamentação ela se dirige são situações verdadeiramente internas a cada um dos Estados signatários, assumindo-se a convenção como a ordenação jurídica, de origem internacional embora, dessas relações», RUI MOURA RAMOS. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - sua posição face ao ordenamento jurídico português* - Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Documentação e

² «A doutrina dominante entende que a CEDH é um tratado *self-executing*, isto é, goza de efeito directo na ordem interna. (...) Nestes termos a CEDH gera *directamente* direitos e obrigações para os particulares, podendo, por isso, ser invocada por estes nos tribunais. Aliás, a jurisprudência de muitos Estados partes na Convenção admite expressamente esse efeito directo». GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO QUADROS. *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, p. 608.

os critérios de interpretação que serão internacionais e não internos, como aliás se pode comprovar por este Acórdão.

III

A salvaguarda dos direitos fundamentais por via da interpretação e aplicação dos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O problema jurídico de fundo presente neste litígio está ligado à compreensão ou restrição de direitos fundamentais para a salvaguarda de um outro interesse relevante de natureza constitucional. No caso, por um lado, o direito fundamental afectado da Sr.^a Vogt de pertencer à função pública e como tal exprimir livremente as suas opiniões e convicções políticas e, por outro, o interesse constitucional fundamental alemão de preservação do regime liberal e democrático instaurado pela Constituição de Bona de 1949, sucessor do regime do III *Reich*, como amplamente aparece referido no Acórdão.

Esse interesse constitucionalmente relevante sobrepõe-se, na opinião da Juticatura alemã, ao direito fundamental da Sr.^a Vogt em razão da sua filiação no Partido Comunista Alemão (*DKP*), cujos objectivos programáticos seriam contrários à preservação daquele regime democrático e liberal.

E ao julgar assim, os tribunais alemães confirmaram o despedimento da função pública da referida funcionária.

Em questões deste teor, determina o Estado de Direito democrático, que a aferição do conflito entre o direito fundamental e o interesse constitucionalmente relevante se faça em obediência ao princípio da proporcionalidade ³, ou seja, uma ideia ligada à circunstância de que os meios para a restrição do direito fundamental e a própria restrição têm de estar amplamente justificados pelo fim público de excepional relevo que se quer atingir ⁴.

³ «No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um *conflito positivo de normas constitucionais*, a saber entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da *máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e da sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa». GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991. p. 134.

⁴ «Em tal alusão transparece, por outro lado, de novo, a ideia de *proporcionalidade* nas suas três vertentes de necessidade de adequação ou correspondência de meios e fins e de racionalidade (...). E importa acentuar: o juízo de proporcionalidade é um juízo jurídico, assente na correcta interpretação e aplicação das normas e na adesão aos valores que lhes subjazem: não é um juízo cognoscitivo: o que está em causa é uma funcionalidade tecnológica, não uma qualquer funcionalidade lógica ou semântica». JORGE MIRANDA, *Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 1988, pg. 274.

Sendo, obviamente, o conceito de *proporcionalidade* susceptível de várias valorações ou concretizações, não admira que as jurisdições nacionais alemãs e a europeia tenham optado por diferentes valorações/concretizações do princípio aplicado à factologia do Caso Vogt.

No caso alemão, os respectivos tribunais consideraram o princípio respeitado, face à ordem constitucional alemã, como se denota pela leitura do Acórdão, porquanto, como afirmou o Tribunal Constitucional Alemão, «a demissão da requerente respeitou o princípio da proporcionalidade visto do ângulo do direito constitucional, concluindo não haver violação do artigo 33 §§ 2,3 e 5 da Lei Fundamental»⁵

Pelo seu lado, o Tribunal Europeu faz, no aresto em análise, várias alusões ao princípio da proporcionalidade de acordo com a interpretação própria que lhe dá no caso concreto, decidindo e considerando manifestamente excessivas as penalidades aplicadas a Sr.^a Vogt em função dos interesses públicos a defender.

Assim, e por exemplo, diz que a violação a existir dever ser analisada «à luz do conjunto do caso para determinar se ela foi “proporcional em relação ao fim legítimo prosseguido” e se os motivos invocados pelas autoridades nacionais foram “pertinentes e suficientes”»⁶.

E mais à frente: «Assim ao Tribunal compete, tendo em conta as circunstâncias de cada caso, indagar se um justo equilíbrio foi respeitado entre o direito fundamental do indivíduo à liberdade de expressão e o interesse legítimo de um Estado democrático a velar para que a função pública se contenha dentro dos fins enunciados no artigo 10 § 2»⁷.

Rematando, afirma o mesmo Tribunal que «se as razões avançadas pelo Governo para justificar a restrição do direito da Sr.^a Vogt à liberdade de expressão são pertinentes, elas não são suficientes para estabelecer de maneira convincente que é necessário, numa sociedade democrática, demitir a interessada. Mesmo deixando uma certa margem de apreciação, forçoso é concluir que a demissão da Sr.^a Vogt do seu posto, a título de sanção disciplinar, é desproporcional ao objecto legítimo prosseguido. Portanto existiu violação do artigo 10»⁸. E o Tribunal conclui o mesmo quanto à violação do art. 11.º, ambos da CEDH.

Do relato das circunstâncias do caso em análise concluiu-se pela existência real de um controlo europeu sobre a salvaguarda dos direitos fundamentais nos Estados membros, controlo esse que não se apoia nem se fundamenta nos mesmos critérios de interpretação e concretização dos utilizados pelos aplicadores ou juizes internos.

Aliás o Tribunal Europeu reconhece esse mesmo facto ao enunciar, neste mesmo Acórdão, que a questão do respeito pelos direitos fundamentais se desdobra «num controlo europeu sobre a lei e sobre as decisões que a aplicam, mesmo quando emanam de uma jurisdição independente»⁹.

⁵ «Parágrafo 23 do Acórdão (tradução da responsabilidade do autor).

⁶ «Parágrafo 52 do Acórdão (tradução da responsabilidade do autor).

⁷ «Parágrafo 53 do Acórdão (tradução da responsabilidade do autor).

⁸ «Parágrafo 61 do Acórdão (tradução da responsabilidade do autor).

⁹ «Parágrafo 52.ii do Acórdão (tradução da responsabilidade do autor).

Provarão, estas conclusões, que o Tribunal Europeu tem uma visão monista de Direito internacional no que respeita à própria CEDH que tem de aplicar, interpretando-a como fonte internacional que é, segundo os critérios também internacionais, v.g. os que constam da *Convensão de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969* - arts. 31.º a 33.º -, mesmo quando essa fonte internacional tenha aplicado no interior as ordens jurídicas estaduais dos Estados membros, desligando-se, desse modo, dos critérios internos de interpretação e aplicação.

E ao agir assim, o Tribunal Europeu pode, através da sua própria valoração/concretização, proceder ao alargamento dos direitos fundamentais previstos nos textos internos dos Estados membros. E isso quer por simples aplicação de um direito fundamental não existente na ordem interna quer, como foi o caso em análise, através de uma interpretação mais lata daquela que é feita pelos tribunais internos de um direito fundamental consagrado simultaneamente na CEDH e a nível interno.

Mas, se isto é de facto assim para o Tribunal Europeu, mais difícil é ver na jurisprudência dos Estados membros, que tem certas reservas em deixar de interpretar os seus direitos fundamentais de acordo com os textos e os critérios internos, nomeadamente constitucionais, uma interpretação e concretização concordante com os instrumentos internacionais.

Esta discussão levanta necessariamente uma outra questão com ela conexas e na qual teremos de desembocar: existindo, no caso, um conflito de interpretação/concretização do mesmo direito fundamental consagrado em normas diferentes, uma interna e uma internacional; e sendo esse conflito de interpretação insanável por recurso a técnicas de combinação de normas (v.g. «concordância prática», restrição do alcance de ambas as normas,) ele gerará, em segundo grau, um conflito agora verdadeiramente entre normas, a saber, entre a norma interna e a internacional, mesmo que literalmente ou semanticamente idênticas ou similares.

É o problema muito debatido da prevalência do direito interno ou do Direito Internacional, ao qual dedicaremos alguma atenção no próximo ponto.

IV

A questão da relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o Direito interno e a posição jurídico-internacional do indivíduo.

Assente que preferir certa interpretação de uma norma incompatível com uma outra interpretação de uma norma à partida idêntica, mas constante de fonte de origem diversa (internacional), desembocará num vero e próprio conflito de normas internas com internacionais, vejamos o que sobre a matéria pode ser aqui referido com relação ao caso *sub judice*.

Ao compulsar o aresto em análise fácil é verificar a posição do TEDH. Por tudo o que já foi dito, quando o Tribunal afirma que os direitos humanos se desdobram num controlo europeu e que os Estados membros da Convenção devem respeitar as decisões dos tribunais, está implicitamente a consagrar o primado do Direito Internacio-

nal dos Direitos Humanos inclusivé sobre as constituições estaduais. Posição que não estranha dado que vem de uma jurisdição internacional.

Para além disso e em seu apoio, é crescente a doutrina que considera o Direito Internacional dos Direitos do Homem como direito que se impõe às Constituições dos Estados, atento o carácter imperativo ou *cogente* desse direito, carácter que advém da experiência da ONU, da vivência particular europeia corporizada no Conselho da Europa e nas Comunidades Europeias e, ainda, do indesmentível enraizamento na consciência jurídica internacional da necessidade de defender este conjunto de regras das eventuais violações operadas pelos próprios Estados em desfavor dos seus cidadãos¹⁰.

Mas se os tribunais e doutrina internacional são lestras no enunciar da primazia absoluta pelo menos do Direito Internacional dos Direitos do Homem, como se afirmou,

¹⁰ Na doutrina portuguesa pode ver-se a opinião afoita e representativa de GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS no seu *Manual de Direito Internacional Público*. Almedina, Coimbra, 1993. Encontram-se aí diversas passagens pugnando por essa primazia. Por exemplo:

p. 117 - «São três as razões pelas quais entendemos que o Direito Internacional geral ou comum cede perante as Constituições dos Estados é negar que ele obrigue os Estados, é ignorar que ele é *geral ou comum*. Note-se que não é difícil ver este nosso raciocínio. De facto, ao estabelecer que os direitos fundamentais consagrados na Constituição *não excluem quaisquer outros constantes (...) das regras aplicáveis do Direito Internacional*, no seu artigo 16.º, n.º 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a *todo* o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária como convencional. De facto, à expressão ‘*não excluem*’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito, entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que permanecerá.

Mas, mais especificamente ainda, ao dispor que ‘os preceitos constitucionais (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados *de harmonia* com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’, o mesmo artigo, no seu n.º 2, está igualmente a conferir àquela Declaração Universal um nível hierárquico superior ao da Constituição na ordem interna portuguesa - o que, aliás, já resultava do artigo 8.º, n.º 1, se se entender, como atrás sustentámos, que aquela Declaração Universal já pertence ao Direito Internacional ou comum».

p. 620: «Especificamente quanto aos direitos previstos da Convenção, a grande questão que aquele confronto suscita é a de saber como se deverá resolver um eventual conflito entre o conteúdo ou o modo de exercício de um direito consagrado tanto na CEDH como na Constituição portuguesa, claro, em relação às pessoas cobertas pelo domínio subjectivo de aplicação tanto daquele texto como deste.

De facto, se nesse confronto o preceito mais favorável ao indivíduo for a norma internacional - da Convenção - será esta que terá de se aplicar, e por uma de duas razões: ou por força do art. 16.º, n.º 1, da CRP, com o sentido que lhe demos atrás, ou em virtude de o primado da CEDH e dos seus Protocolos Adicionais sobre a Constituição decorrer do facto de uns e outros integrarem o *ius cogens*.(...)

Mas, se ao contrário, a norma internacional for mais restritiva do que a norma constitucional, nesse caso será esta que se aplicará, desde logo pelo princípio da *coerência democrática* do sistema, que impõe a regra do *tratamento mais favorável do indivíduo*. De facto seria contrário ao espírito da Convenção, ela própria virada para a prevalência das ideias de Democracia e de protecção dos direitos fundamentais impor abstractamente o seu primado sobre as Constituições estaduais mesmo quando estas assegurem um nível mais elevado de protecção dos indivíduos».

os tribunais internos ainda são relutantes quanto à consagração desse primado, preferindo muitas vezes enunciar, antes, o primado das suas constituições. É o que se passa com o caso em análise, quando notamos a Câmara Disciplinar do Tribunal Administrativo de Oldenburg a sustentar que «a obrigação de lealdade política, que de certa forma restringe os direitos fundamentais dos funcionários, figura de entre os princípios tradicionais da função pública e tem valor constitucional em virtude do art. 33 § 5 da Lei Fundamental. Portanto ela tem prioridade sobre as disposições constantes dos instrumentos internacionais, tal como a CEDH»¹¹. E, não se olvide, jurisprudência confirmada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Também não é muito diferente a opinião do Tribunal Constitucional português que, embora com referência principal não à CEDH, mas à Declaração Universal dos Direitos do Homem veio dizer no Acórdão n.º 99/88, de 28 de Abril de 1988, que «..., ora se é assim, fica de antemão excluído que na resposta à questão *sub judice* caiba afinal considerar as citadas Declarações (...) autonomamente, isto é, independentemente das normas e princípios constitucionais, que para tanto, venham a julgar-se relevantes. (...) É antes à luz dos referidos princípios e normas constitucionais que haverá de resolver-se a questão em apreço. E, no contexto deles, quando muito, é que poderiam levar-se em conta os instrumentos internacionais invocados, enquanto elementos coadjuvantes de clarificação do sentido e alcance de tais normas e princípios»¹².

Jurisprudência mais recente referente quer à DUDH quer à CEDH, em ambos os casos com decisões idênticas, poderá ser encontrada nos Acórdãos n.ºs: 141/94, 322/93, 356/93, 443/93, 170/94, 171/94 e 172/94.

Ou seja, o Tribunal Constitucional português considera que as normas dos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos só podem relevar se com eles se chegar a uma interpretação/concretização constitucionalmente admissível. Caso contrário, prevalecerá a interpretação constitucional, ou seja a primazia da Constituição sobre os instrumentos internacionais.

Temos, perante este quadro, de concluir que não existe ainda, mesmo em matéria de direitos do homem uma primazia geral e aceite por toda e qualquer jurisdição. Mesmo na Europa, onde a protecção internacional dos direitos do homem leva ampla vantagem em relação a outras regiões do mundo, é ainda difícil dos tribunais nacionais, especialmente os constitucionais, fazer ceder a sua Constituição perante instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos.

Será provável, pois, que a tendência demonstrada neste caso se mantenha ainda por alguns anos, ou seja, a defesa, por parte dos tribunais internos da primazia das suas constituições sobre o Direito Internacional, em concorrência com a defesa, pelo lado dos tribunais internacionais, da primazia das normas internacionais, o que coloca, como é lógico, delicadas questões para resolver.

¹² Parágrafo 20 do Acórdão.

¹² In *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol. (1988), INCM, pg. 791.

For último, a questão da posição jurídico-internacional do indivíduo. Sabe-se que ainda hoje é controversa a personalidade jurídico-internacional do indivíduo, apesar dos progressos que nesse sentido foram feitos desde o fim da II Guerra Mundial.

No entanto, e também neste domínio, o espaço europeu oferece um maior campo de progresso na matéria sobretudo através da existência de organizações que se fundam em tratados que atribuem directamente direitos e obrigações aos indivíduos, como são, mais uma vez, os casos da CEDH e dos tratados comunitários, prevendo os mesmos, igualmente, vias jurisdicionais de recurso (directo ou indirecto) em seu favor.

Ora sendo este o critério mais utilizado para a atribuição da personalidade internacional ao indivíduo¹³, todo o funcionamento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem vem inequivocamente reforçar a ideia de uma progressiva subjectividade internacional do indivíduo, dispondo, como também prova o Acórdão em análise, de um crescente direito de reclamação internacional, aliás uma das prerrogativas próprias da capacidade jurídica dos sujeitos de direito internacional.

¹³ «Mas nem em todos os casos o indivíduo será sujeito autónomo do Direito Internacional. Para que o seja, e com fidelidade à noção que na devida altura demos de sujeito do Direito Internacional, é necessário que da norma internacional decorram *directamente* direitos e obrigações para o indivíduo. Mesmo se essa atribuição directa de direitos e obrigações não for acompanhada de um poder próprio de reclamação internacional, que, como mostrámos, em nosso entender não é elemento essencial da personalidade jurídica internacional” - GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO QUADROS, *Manual* cit. p. 381.